Von der Natur der preussischen Wassergenossenschaften

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

von

Gerhard Sehling

Referendar

Breslau
Verlag von M. u. H. Marcus
1912

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät der Universität zu Breslau.
Referent: Prof. Dr. Herbert Meyer.
Correferent: Prof. Dr. Brie.

Vorliegende Dissertation ist ein Teil meiner Arbeit: „Die preußischen Wassergenossenschaften. Ein Beitrag zur Lehre von der öffentlichen Genossenschaft," welche demnächst als Heft 28 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von D. Dr. Siegfried Brie, ord. Professor a. d. Universität Breslau und Dr. Max Fleischmann, a. o. Prof. a. d. Universität Königsberg [Verlag von M. & H. Marcus in Breslau] erscheinen wird.

Ein Inhaltsverzeichnis der gesamten Arbeit ist der Dissertation beigefügt.

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1

§ 1. Zielsetzung und geschichtliche Vorbemerkungen 1
§ 2. Anwendungsgebiet des Wassergenossenschaftsgesetzes; Einteilung des Stoffes nach ihm 6

Hauptteil

I. Der gemeinsame Unterbau der Wassergenossenschaften

1. Die juristische Person

a) vom Begriff der juristischen Person

§ 3. Die Doppelseitigkeit des Begriffes; Jellineks Einschränkung . 8
§ 4. Fiktionstheorie und lebendiger Organismus 13

b) die Wassergenossenschaften als juristische Personen

§ 5. Der soziale Organismus der Wassergenossenschaft 16
§ 6. Die Anerkennung durch das Recht: mögliche Auffassungen und positive Gestaltung 18

2. System der juristischen Personen und Einordnung der Wassergenossenschaften

§ 7. Anstalten und Korporationen 22
§ 8. Politische Gemeinden; Personal- und Vermögensgenossenschaften 23
§ 9. Die Wassergenossenschaft als Vermögensgenossenschaft . . . 26
§ 10. Die Wassergenossenschaft eine Gebietskörperschaft? 28

II. Die Scheidung in öffentliche und freie Wassergenossenschaften

§ 11. Ihre Bedeutung im Gesetz; der Begriff des öffentlichen Verbandes als Ziel der Untersuchung 30
§ 12. Vom Begriff des öffentlichen Verbandes (Interessentheorie; Theorie Rosins; positive Begriffsbestimmung; Theorie Jellineks) 32
§ 13. Die Abwehr falscher Folgerungen aus der begrifflichen Scheidung. (Privatrechtlicher Verband und öffentliches Recht; soziales / individuelles — öffentliches / privates Recht) 37

In der Abhandlung folgt sodann:

III. Der organische Aufbau der freien Wassergenossenschaft

§ 14. **1. Entstehung und Änderung der freien Wassergenossenschaft**

2. Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder

§ 15. Natur und Arten dieser Verhältnisse . . . . . .

§ 16. Gesetzlich besonders behandelte Fälle (Genossenschafterfraktion; Beitrags- und Nachschußpflicht; Mitgliedschaft und Grundstücksbelastung; Änderungen im Mitgliederbestande) .

3. Die Rechtsverhältnisse der Organe

§ 17. Vom Begriffe der Organpersönlichkeit. (Die organische Theorie; Organ und Stellvertretuug; die Fiktionstheorie; Kompetenz und subjektives Recht; mittelbare und unmittelbare Organe.)

§ 18. Die Organe der freien Wassergenossenschaft. (Die Mitgliederversammlung; der Vorstand; insbes. seine Vertretungsbefugnis, seine Pflichtenstellung zum Staate; Beendigung des Vorstandsverhältnisses.) . . . . . .

§ 19. **4. Die Beendigung der freien Wassergenossenschaft**

(Ihre verschiedenen Arten; insbes. die Liquidation; deren Rechtsnatur) . . . . . .

IV. Der organische Aufbau der öffentlichen Wassergenossenschaft

1. Entstehung und Anderung der öffentlichen Wassergenossenschaft

§ 20. Staatseinwirkung und Wille der Beteiligten bei der Entstehung

§ 21. Das Gründungsverfahren. (Vorarbeiten und Antragsrecht; die eigentliche Gründung; insbes. bei den Zwangsgenossenschaften; der konstitutive Akt; Einzelheiten) . . . . . .

§ 22. Der Rechtsschutz bei den Gründungsvorgängen (Beschwerde nach § 91 WGG.; Schutz der Freiheit; Interesse an der Gründung) . . . . . .

§ 23. Änderungen einer öffentlichen Wassergenossenschaft . . . .

2. die Rechtsverhältnisse der Mitglieder

§ 24. Die Mitgliedschaft. (Ihre Natur; Begründung und Endigung)

§ 25. Mitgliedschaft und Eigentumswechsel eines beteiligten Grundstücks . . . . . .

§ 26. Von den Rechten und Pflichten der Genossen (insbes. Stimmrecht und Beitragspflicht) . . . . . .

3. Die Rechtsverhältnisse der Organe

§ 27. Mitgliederversammlung und Vorstand. (Natur als öffentliche Beamte; Bestellung und Gestaltung) . . . . . .
§ 28. Von den Pflichten und Rechten des Vorstandes (insbes. Schadensersatzpflicht und Strafgewalt) . . . . . .

§ 29. 4. Das Schiedsgericht der öffentlichen Wassergenossenschaft

5. Selbstverwaltung und Staatsaufsicht

§ 30. Ihre theoretische Stellung . . . . . .
§ 31. Die Komplemente der Selbstverwaltung (Gesetzgebung; Aufsicht i. e. S. — Umfang, Mittel, Rechtsschutz; Genehmigung und Bestätigung) . . . . . .
§ 32. Die Behörden der Staatsaufsicht . . . . . .

§ 33. 6. Die Beendigung der öffentlichen Wassergenossenschaft

Schluss

§ 34. Die Erfolge des Wassergenossenschaftsgesetzes . . . . .

Literatur-Verzeichnis

Anschütz, Gerhard Staatsrecht (bei Holtzendorff-Kohler. 2. Aufl. II. Bd.)

— Artikel Wassergenossenschaften (Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 2. Aufl. (Bd. VII. Jena 1901).

— ebenda. 3. Aufl. Bd. VIII. Jena 1911.

Anschütz-Dochow, Die Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen. 2. Aufl. Berlin 1908.

Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Person der Behörden insbesondere. (Archiv f. öffentl. Recht. V. S. 169 ff.)

v. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung.

Blodig, Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff (1894).

Bornhak, Conrad Grundriß des Verwaltungsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1909.

v. Brauchitsch, (Studt-Braunbehrens), Die neuen preußischen Verwaltungsgesetze. 4. Bd. 20. Aufl. 08.

Bry, Erich Die Wassergenossenschaften nach preußischem Recht. Diss. der Jur. Fak. Breslau. Breslau 1909.

v. Bülow und Fastenau, Gesetz betr. die Bildung von Wassergenossenschaften ... unter Berücksichtigung ... zit.: Kom.(mentar).

Drucksachen (Anlagen) zu den Stenographischen Berichten über die Verhandl. des Hauses der Abgeordn. 1878|79. Bd. I enthält unter No. 23 Ges. Entw. betr. die Bildung von Wassergen. mit Motiven und Nr. 103 Bericht der Kommission über den Entw. usw. zit.: Drucksachen.

Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft, 2 Bde. 2. Aufl. Jena 1907.

Endemann, Handbuch des Handels-, Wechsels- und Seerechts. 5 Bde. 1881—85.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 16, 31, 42

— des Oberverwaltungsgerichts. Bd. 30 u. 56.

Entwurf eines preußischen Wassergesetzes samt Begründung amtl. Ausgabe. Berlin 1890.

— eines Wassergesetzes. Königreich Preußen. Dezember 1911 (mit Begründung). zit.: Entw. 1911.

Fischel, Alexander Zur Reform des Wasserrechts. Leipzig 1911.

Fleiner, (In der Festgabe für Heusler), öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung. Basel 1904.

Fleischmann, Literatur z. Wasserrecht. Jur. Litt. Bl. v. 15. Okt. 1904.
Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 7. Aufl. 1896|07.
Gierke, Otto bei Holtzendorff, Encykl. 1. Aufl. Teil 2, Rechtslexikon. Art. Juristische Person, Art. Korporation.
— ebd., 2. Aufl. Teil 1 Abschn. Handelsrecht.
— Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Bd. II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs.
— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung. Berlin 1887. zit.: Theorie.
— Deutsches Privatrecht (im systematischen Handbuch von Binding). Bd. I und II.
— Das Wesen der menschlichen Verbände. Berlin 1902.
— Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (Schmollers Jahrb. f. Gesetzgebung usw. Bd. VII. 1895).
Grimm, Weistümer (1840—1878).
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 53. Jahrg.
Hahn, Oskar Die preußische Gesetzgebung über Vorflut, Ent- und Bewässerung usw. Breslau 1886.
Helmolt, Weltgeschichte, Bd. I. Leipzig, Bibl. Inst.
Hermes, (Im Wörterbuch des Verwaltungsrechts; v. Stengel. Bd. II, 1890). Art. Wassergenossenschaften.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, (in Bindings systematischem Handb. 1885).
Hinschius, Paul Allgemeine Darstellung der Verhältnisse zwischen Staat und Kirche (bei Marquardsen I, 1).
Holliger, Jakob (Dissert. der Jur. Fak. Zürich 1904). Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem privaten Rechte.
v. Jhering, Rudolf Der Zweck im Recht. 4. Aufl. (1904).
Illing-Kautz, Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte. 9. Aufl. Bd. II, Berlin 1906.
Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1902. zit.: System.
— Allgemeine Staatslehre.
Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1903.
Kiefer, Hermann Das Aufsichtsrecht des Reichs über die Einzelstaaten. Diss. der Jur. Fak. Breslau 1908.
Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. I. Tüb. 1901.
Leist, A. Die Strafgewalt moderner Vereine (in Schmollers Jahrb. Jahrgang 26, S. 67 ff.).
Leuthold, Öffentliches Recht und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte. Annalen (Hirth und Seydel) 1884.
Löning, Edgar Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht, 1884.
Meyer, Georg Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. (6. Aufl., herausgeg. v. Anschütz. 1895.

Meyer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht (2 Bde.) (Im systematischen Handbuch von Binding) 1895|96).
Meyer-Dochow, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1910.
Ossig, Das römische Wasserrecht (Leipzig 1898).
Peterka, Otto Das Wasserrecht der Weistümer. Prag 1905.
Preuß, Hugo Über Organpersönlichkeit (in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung usw. N. F. Bd. 26, Leipzig 1902, S. 103 (557) ff.).
— Das Städtische Amtsrecht in Preußen. Berlin 1902. zit.: Amtsrecht
Regelsberger, Pandekten (in Bindings systematischem Handb.).
Riemann, Ernst Das Wasserrecht der Provinz Schlesien. 2. Aufl. Breslau 1907.
Rosin, Heinrich Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. Freiburg 1886. zit.: Recht —.
— Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung (Annalen Hirth Seydel. 1883).
Schenkel, (in Holtzendorffs Rechtslexikon. 1881). Art. Wassergenossenschaften.
Sohm, Rudolph Die Deutsche Genossenschaft. Leipzig 1889.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1903.
v. Treitschke, Heinrich Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert. I. Teil.
v. Thur, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes in Bindings Systematischem Handbuch II.

Abkürzungen

§ . . d. A. = der Arbeit.

§ ohne Zusatz bedeutet § des Wassergenossenschaftsgesetzes.

WGG. = Wassergenossenschaftsgesetz vom 1. IV. 1879.

LVG. = Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. VII. 1883.

Zust. Ges. = Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. VIII. 1883.

St. O. (ö.) = Städteordnung für die 6 östlichen Provinzen der preußischen Monarchie vom 30. V. 1853.

LGO. = Landgemeindeordnung für die 7 östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1901.

EEG. = Pr. Gesetz über den Eigentumserwerb usw. vom 5. Mai 1872.

Entw. = Entwurf.

Begr. = Begründung.

Einleitung

§ 1. Zielsetzung. Geschichtliche Vorbemerkungen

Die folgende Arbeit war bereits abgeschlossen, als im Dezember 1911 dem preußischen Landtage der Entwurf eines Wassergesetzes zuging, der in seinem 3. Abschnitt (§§ 184—260) auch das Recht der Wassergenossenschaften enthält. Es ergab sich die Notwendigkeit einer Neubearbeitung und eines Eingehens auf die im Entwurfe zu Tage tretenden Änderungen und Auffassungen.

Nicht im Rahmen der Arbeit lag es, die Fassung jeder Einzelheit und ihre Wirkung in den verschiedenen Möglichkeiten des Lebens zu erörtern. Und so konnte auch nicht ein Vergleich mit den im Entwurf gebotenen Aussichten angeschlossen werden, der für dessen Beratungen hätte Früchte bringen können. Vielmehr zielte die Arbeit von vornherein auf die Erfassung der im Rechte der Wassergenossenschaften eingeschlossenen Grundfragen. Soweit sie im Entwurfe mitsprechen, namentlich soweit die Rechtsentwickelung die zu Grunde liegenden Gedanken über die Fassung des geltenden Rechts hinausgeführt hat, ist auch der Entwurf herangezogen.

Dies Gestaltung der Arbeit hatten Erwägungen veranlaßte, die zur Einführung wiedergegeben seien:

Zur Eigenart des Wasserrechtes gehört seine Verstrickung mit zwei Problemen: dem der rechtlichen Erfassung gegebener Einheiten über einer Personenvielheit uud dem der Abgrenzung zwischen der Rechtsmacht des Staates und des Einzelnen. Wir können das Wasserrecht begrenzen als die Gesamtheit der Rechtsregeln, deren Wesen das Hineinspielen des Wassers[1]) bestimmt.

[1]) Mit Ausnahme des Meeres im natürlichen Begriffsumfange. Die mit diesem begrifflich zusammenhängenden Sätze bilden das „Seerecht". Interessant

Als wirkende Naturkraft läßt sich nun das Wasser im allgemeinen nicht zu Herrschaft und Nutzung in einzelnen Stücken verteilen. Vielmehr tritt uns hier zumeist eine natürliche, wirtschaftliche Einheit entgegen: eine Gefahr droht, ein Nutzen winkt vielen. Und über diese „vielen" hinaus ruft die Größe der in Betracht kommenden Werte und die Stärke der mitspielenden Kräfte noch das im Wirtschaftsleben mehr fühlbare, als bestimmbare Etwas der „Öffentlichkeit" auf den Plan.

Wie nun die wirtschaftliche Einheit über einer Vielheit von Individuen, und wie die Stellung der Öffentlichkeit zu den Einzelerscheinungen der Wirtschaft Grundlagen des Gesellschaftslebens sind, so geht ihre rechtliche Konstruktion auch in die Tiefen der Rechtswissenschaft. Daß diese Grundfragen begrifflich mit dem Wasserrecht verknüpft sind, darin beruht ein wesentlicher Teil[2]) der Schwierigkeiten, an denen bisher der Gedanke eines umfassenden preußischen Wassergesetzes stets scheiterte.

Handelt es sich also beim Wasserrechte nicht um die Verästelung und Verbreitung über ein weites Gebiet in wechselnder Gestalt auftauchender Fälle, wie bei den Rechtssätzen des täglichen Verkehrs, sondern um die richtige Erfassung und Anwendung jener Grundbegriffe, so werden wir unsre Untersuchung auch vorzüglich auf diese richten. Auf dem engen Gebiete des Wasserrechtes werden wir es mit hier leichter zu überschauenden Fragen zu tun haben, deren Bedeutung viel weiter reicht. So werden wir zugleich jenen wichtigen allgemeinen Begriffen näher kommen und die Stellung der Wassergenossenschaften im Systeme des geltenden Rechts kennzeichnen.

Denn nur die Wassergenossenschaften, nicht das gesamte Wasserrecht sind Gegenstand unsrer Untersuchung: also ein bestimmter Teil nur jener Gebilde, die Lösungen des einen Problems sein sollen, Wiederspiegelungen der wirtschaftlichen Ein-

---

das Wiederauftauchen derselben Fragen dort auf dem veränderten Grunde des Völkerrechts. (bes. Mangel einer darüberstehenden Gesamtpersönlichkeit.) — Gesetztechnisch fruchtbar ist die Unterscheidung des Entw. 1911 in Recht der Wasserläufe und der übrigen Gewässer (Abschn. 1 u. 2. vgl. Begründung).

[2]) Der andre liegt — gleichfalls aus der Natur des Wasserrechts folgend — in den großen örtlichen Verschiedenheiten der Bedürfnisse.

heiten. Doch nach der Natur der Sache greift das andere mit hinein: die Stellung des Staates zu diesen Gebilden.

In der Geschichte des Wasserrechts mußten die Lösungen der angeschnittenen Fragen je nach den von Natur und Technik gegebenen Grundlagen einer-, dem Geiste der ihnen gegenübertretenden Rechtsordnungen andrerseits verschieden ausfallen. Erwähnt sei der vom römischen Rechte geschaffene Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Flüssen. Seine Übertragung auf Deutschland stiftete bis jetzt wirkendes Unheil[3]) an durch die Uneinigkeit über ein klimatisch passendes Scheidungsmerkmal und die Verbindung mit der Eigentumsfrage. Die Klärung, die hier der Entwurf 1911[4]) verheißt, wäre so verdienstvoll wie sie notwendig ist. Die Lösung wasserrechtlicher Fragen auf genossenschaftlicher Grundlage kam für das römische Recht bei seiner begrifflich scharfen, aber die Kompromisse des Lebens nicht duldenden Gegenüberstellung von Individuum und res publica Romana nicht in Betracht[5]). Dagegen enthielt das deutsche Recht mancherlei Zwischenbildungen, und einigen von ihnen, namentlich den Markgenossenschaften[6]), fielen zunächst die Aufgaben zu, in denen das Wasserrecht nach genossenschaftlicher Lösung drängte. Später widmeten sich ihnen auch besondere Verbände, erst den Schutz-, dann mit steigender Kultur auch den Nutzzwecken[7]). Nun läßt sich auf die Dauer materiell keine feste Grenze ziehen, — schon weil jede Abwendung regelmäßiger Gefahr von einem Grundstück dessen Nutzkraft hebt. Doch haben die Verbände, die primär die Gefahren abwenden wollten, und zwar mittels der Deiche und Siele, eine selbständige Entwicklung genommen, die in ununterbrochenem Flusse bis in die Gegenwart reicht. Sie

[3]) Hierüber vgl. z. B. Riemann a. O. O., Fischel a. a O.

[4]) Abschn. 1 Titel 1 und 2 nebst Begründung.

[5]) Näheres s. Ossig a. a. O.

[6]) Diese Tatsache zu entnehmen: Grimm, Weistümer Bd. I, S. 74, 177, 311, 363, 422. Die Ausdehnung der Markgenossenschaft auf die wasserrechtlichen Aufgaben folgte aus der Konstruktion aller deutschrechtlichen Genossenschaften als potentiell viele Ziele in sich bergender Lebensgemeinschaften der Genossen. Wo dergleichen fehlte, führten die vorhandenen wirtschaftlichen Einheiten zu besonderen Rechtsgebilden: so erblicken viele in den Wassergenossenschaften der spanischen Mauren die älteste Wirtschaftsgenossenschaften (z. B. Fischel, S. 8).

[7]) Letzteres bestritten vgl. Anm. 9.

bleiben für unsre Arbeit außer Betracht[8]) und diese auf die andern, die Wassergenossenschaften i. e. S., beschränkt. Auf deren Schicksale im deutschen Rechte einzugehen erübrigt sich[9]), da hier der Zusammenhang mit den heutigen Organisationen unterbrochen ist. In allzu weitgehender Erfüllung seiner klärenden rechtsgeschichtlichen Aufgabe tilgte die alten der Polizeistaat samt vielen Rechtsgebilden[10]). Erst die neuzeitliche Erkenntnis der Kräfte, die in den zersplitterten Gestaltungen des deutschen Rechts steckten, führte auch im Wasserrecht wieder zu genossenschaftlichen Organisationen.

In Preußen führt diese Entwickelung von den §§ 56—59 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. II. 1843, durch welches für Bewässerungs- über das Gesetz vom 11. 5. 1853, durch welches für Entwässerungsanlagen Genossenschaften eingeführt wurden, und über die Allerh. Vero. v. 28. 5. 1867, welche diese Vorschriften auf die neuerworbenen Landesteile ausdehnt. Freilich war auf diesen Vorstufen der genossenschaftliche Gedanke noch nicht zu rechtlichem Ausdruck gelangt; bei gemeinsamem Vorteil für eine ganze Gegend, der nur durch Zusammenwirken erreicht werden konnte, konnten die Beteiligten zu den erforderlichen Anlagen durch landesherrliche Verordnung verpflichtet und zu besondern Genossenschaften vereinigt werden (§ 56 des o. gen. Ges.); das Statut wurde dieser „Genossenschaft“ durch die betreffende Verordnung — nach einer unmaßgeblichen Anhörung der Beteiligten — auferlegt. Nur wenn sich alle freiwillig zusammenfanden, konnten sie selbst ein Statut entwerfen und dem Minister des Innern zur Genehmigung vorlegen. Dieser Entstehungsart entsprach nur, daß man den fraglichen Gebilden zwar die „Korporationsrechte“ zusprach, ihre Organe jedoch, namentlich den Vorstand „im wesentlichen als Staatsorgan betrachtete und behandelte“; es waren viel mehr Anstalten[11]), Rechtspersönlichkeiten,

[8]) Vgl. den unten besprochenen § 2 W. G. G.

[9]) Zumal sie dort keine bedeutende Rolle spielten. Bry, S. 28 bestreitet ihr Vorhandensein. Dagegen Peterka.

[10]) Vgl. z. B. Gierke, Gen. R. I S. 909. — Es erhielten sich nur die Wiesengenossenschaften im Siegener Ländchen. Ihre wirtschaftlichen Erfolge waren für die allgemeine Entwicklung bestimmend. Über ihre Schicksale vgl. § 2 A. zu Beginn.

[11]) Gierke, Gen. R. I S. 778.

die durch Verselbständigung eines Zweiges staatlichen Lebens entstanden, als Genossenschaften, deren Leben aus der vorhandenen Einheit ihrer Mitglieder hervorgewachsen war[12]). Das genossenschaftliche Element entwickelte sich zunächst in der außerpreußischen Wassergesetzgebung. Vor allem das bayrische Gesetz über die Be- und Entwässerungsunternehmen zum Zwecke der Bodenkultur v. 28. Mai 1852 war vorbildlich: die Gründung war an die Zustimmung einer Mehrheit[13]) geknüpft, das Gründungsverfahren ist genau festgelegt, desgleichen die Grundzüge der genossenschaftlichen Rechte und Pflichten und der Staatsaufsicht, Rechtsbeziehungen, die ein späteres Gesetz[14]) folgerichtig der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterwarf. Ganz entsprechendes bestimmte das badische Gesetz betreff die Benutzung und Instandhaltung der Gewässer — ein unmittelbarer Vorläufer des preußischen Gesetzes, da es aus dem Jahre 1876 stammt. Die entscheidenden Anregungen erhielt dieses jedoch von dem französischen — übrigens noch heut in den Reichslanden geltenden[15]) — loi sur les associations syndicales v. 21. Juni 1865. Vor diesem hatte es in Frankreich wasserwirtschaftliche Gesellschaften gegeben, deren Rechtsfähigkeit nicht anerkannt war. Das Syndikatsgesetz schuf zwei Arten rechtsfähiger Genossenschaften: freie (libres) bilden sich ohne Zutun der Verwaltung durch einstimmigen schriftlichen Beschluß eines Statutes, das gewisse Mindestbestimmungen enthalten muß. Konstitutiv ist die amtliche Veröffentlichung eines Statutenauszuges. Gegenüber stehen die ermächtigten (autorisées) Genossenschaften. Zu einer solchen einigt ein Beschluß des Präfekten die Beteiligten, ein Antrag ist möglich, aber nicht erforderlich, wohl aber die Beitrittserklärung einer qualifizierten Mehrheit der Beteiligten. Vernachlässigt die Genossenschaft ihre Aufgaben, so kann die Ermächtigung wieder zurückgezogen werden.

---

[12]) Über diese Unterscheidung vgl. § 7 d. A.

[13]) $^2/_3$ der beteiligten Grundfläche. A. 16 des bayrischen Ges.

[14]) Bayr. Ges. betreff die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes usw. v. 8. August 1878.

[15]) Geringe Abweichungen regelt das Gesetz v. 11. V. 1877.

§ 2. Anwendungsgebiet des W.G.G.; Einteilung des Stoffes nach ihm

Auf diesem geschichtlichen Grunde erwuchs nun für Preußen eine Regelung des Wassergenossenschaftswesens, die als allgemein vorbildlich[1]) galt: das Gesetz betreff die Bildung von Wassergenossenschaften vom 1. April 1879 Ges. Slg. No. 19, S. 297. Es regelt die Materie ausschließlich: ausgenommen werden lediglich das Deichwesen (W. G. G. § 2), was der geschichtlichen Entwickelung entspricht[2]) und auch im Entwurf 1911 aufrecht erhalten ist[3]), und einige lokal eng begrenzte Sonderverschriften (W. G. G. § 3). Letztere Beschränkungen will der Entwurf aufheben: zwar die Siegener Wiesengenossenschaften, die hierdurch erhalten geblieben, sollen es auch fernerhin bleiben (Entw. § 355); doch soll das neue Wassergenossenschaftsrecht neben diesen auf kleinere Verhältnisse zugeschnittene Bestimmungen auch für den Kreis Siegen die Anlage größerer Ent- und Bewässerungen ermöglichen. Für die hannöverschen Landesteile, für die man das W. G. G. ausnahm, da hinreichende Vorschriften dort beständen, wird durch den Entwurf die wünschenswerte Rechtseinheit und damit größere Klarheit eingeführt.

Die Fälle, in denen die Bildung von Wassergenossenschaften zugelassen wird, zählt W. G. G. § 1 auf (und entspr. im Entwurf 1911 der erste Paragraph des Abschn. III): „zur Benutzung[4]) oder Unterhaltung[5]) von Gewässern, zur Ent- oder Bewässerung von Grundstücken[6]), zum Schutze der Ufer[7]), zur Anlegung, Benutzung

---

[1]) Schenkel a. a. O., S. 1259; vgl. den Entwurf 1911 Begr. S. 37 sowie die zu § 20 d. A. angeführten Stimmen von Rosin u. Anschütz.

[2]) s. o. S. 3/4.

[3]) Deichwesen dort unter Abschn. IV: Verhütung von Hochwassergefahren, insbes. Tit. 5.

[4]) Eine allgemeine Formel „zur Benutzung" findet sich im Entw. § 184 nicht. Ob die einzelnen dort genannten Benutzungsarten — die ungleich wichtigste ist natürlich die zu Landesmeliorationszwecken — für alle wirtschaftlichen Mannigfaltigkeiten ausreichen, scheint mir doch zweifelhaft.

[5]) Entw. § 184 z. 1, 6 u. 7. Die im Entw. durch die verschiedenen Eigentumsverhältnisse bei Wasserläufen der verschiedenen Ordnungen veranlaßte Trennung geht auf Kosten der Übersichtlichkeit.

[6]) Entw. Z. 4. —

[7]) In schärferer Fassung Entw. Z. 2; auch Z. 6 und 7.

oder Unterhaltung von Wasserläufen[8]) oder Sammelbecken[9]), zur Herstellung und Verbesserung von Wasserstraßen und andern Schifffahrtsanlagen“[10])[11]). Sichtbarlich sind dies solche wirtschaftlichen Einheiten, wie sie oben § 1 d. A. erwähnt wurden. Es sei bemerkt — weiterer Erklärung bedürfen die gewählten Ausdrücke nicht —, daß die Praxis unter Benutzung von Gewässern auch die Abführung von Abwässern versteht[12]), und auch Genossenschaften zur bloßen Erhaltung schon geschaffener Ent- und Bewässerung zuläßt[13]), was sich namentlich nötig erweist, wenn diese vor erfolgter Gutsteilung bereits von der General- oder Ansiedlungskommission (hierzu auch W. G. G. § 96) angelegt worden ist.

Die Reichsgesetzgebung hat nun für das Wasserrecht die landesgesetzliche Regelung aufrecht erhalten (E. G. B. G. B. A. 65), und so bildet das preußische Sonderrecht in Gestalt dieses genannten Gesetzes die sedes materiae für unsere Untersuchung. Ihm folge ich auch in der Einteilung möglichst. Nachdem es im § 1 die Erscheinungen des Wirtschaftslebens, die es erfassen will, bestimmt und in den §§ 2 und 3 die erwähnten Einschränkungen gemacht hat, folgen bis § 10 allgemeine Vorschritten für die Wassergenossenschaften, welche dann in freie (§§ 11—44) und öffentliche (§§ 45—98) geteilt werden. Mit den Straf- und Schlußbestimmungen der §§ 99– 101 endet das Gesetz.

Die hier gebrauchten Bezeichnungen sind nun noch keine juristischen Begriffe, die zu Schlußfolgerungen berechtigten. Zunächst werden wir — möglichst im Anschluß an die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes — die gemeinsamen begrifflichen Grundlagen der Wassergenossenschaften aufsuchen.

---

[8]) Entw. Z. 6. Die Trennung dieser Z. 6 und ihre Gegenüberstellung zu Z. 1—5, die mit einem Hinweis auf § 216 (Beitrittszwang) begründet wird (S. 187), scheint mir unnötig und den wirtschaftlichen Erfordernissen nicht entsprechend. Jener § 216 sollte nur eine schärfere, den Erkenntnissen des Genossenschaftsrechts folgende Fassung erhalten. Darüber vgl. unten § 21 d. A. [9]) „Stauanlagen“ Entw. Z. 9. — [10]) Entw. Z. 8.

[11]) Entw. erweitert das Gebiet durch Einführung folgender neuer Fälle: Reinhaltung von Gewässern (Z. 3), Verfehnung (Z. 5), die mehr als bloße Entwässerung darstellt, Wasserversorgungsanlagen (Z. 10), Hochwasserschutz und Verhütung (Z. 11 und 12), und den besonderen Fall Z. 13. Über die Bedeutung dieser Erweiterung vgl. unten § 5 d. A.

[12]) So auch Komm. S. 26. — [13]) Vgl. auch v. Bitter. — Durch die Fassung des Entw. 1911 § 184 Z. 4 sicher gestellt.

Hauptteil

I. Der gemeinsame Unterbau der Wassergenossenschaften

1. Die juristische Person

a) Vom Begriff der juristischen Person

§ 3. Doppelseitigkeit des Begriffes

Die mit der Bezeichnung Genossenschaft verbundene Vorstellung eines Personenverbandes läßt unwillkürlich an die juristische Person denken. Dieser Begriff soll zunächst festgestellt werden, um die Zugehörigkeit der Wassergenossenschaft zu ihm prüfen zu können.

Das Wesen der juristischen Person besteht einmal in der Anerkennung durch die Rechtsordnung: aus ihr ergibt sich die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Gleiches besagt die von Jellinek bevorzugte Fassung: in dieser Anerkennung sei das juristische „Können" gegeben, die Möglichkeit juristisch relevante Handlungen hervorzubringen. Immer stellt sich diese Seite der juristischen Person als eine Relation zur Rechtsordnung dar, und nach Jellinek[1]) genügt es, diese Fähigkeit als reell vorhanden zu begreifen: was darüber sei, sei „metajuristisch" und verwirre nur[2]). Mit der Beschränkung auf dieses

[1]) System S. 28.

[2]) Auf diesen Gedankengängen baut Jellinek auch seine Staatstheorie auf, die sich in der Wissenschaft ein weites Gebiet erobert hat, die organische Theorie schärfer bekämpfend, als der tatsächliche Unterschied erheischt. Notwendig gilt Analoges für alle juristischen Personen, (vgl. z. B. System selbst S. 255) und damit gewinnt der Streit unmittelbaren Wert für die Wassergenossenschaften. Die folgenden Ausführungen im Sinne der organischen Theorie werden daher orientiert durch den Gegensatz zu Jellinek,

Begriffsmerkmal fallen juristische und natürliche Personen zusammen. Nun gehören sie freilich einem Oberbegriffe (Persönlichkeit im Rechtssinne) an; daher stammt die Gemeinsamkeit nur durch Anerkennung rechtliche Relevanz zu erlangen[3]). Ihre Unterschiede liegen aber keineswegs außerhalb der juristischen Sphäre: vielmehr ist gerade die verschiedene Stellung der Rechtsordnung zu beiden Arten von großer Bedeutung[4]). Dieser juristische Unterschied muß aus dem anderen Wesensbestandteil hervorgehen, der also zur juristischen Begriffsbestimmung fehlt.

Da das Recht begrifflich auf die Außenwelt zielt, hat jedes seiner Institute notwendig zwei Seiten: die eine bilden die Beziehungen, die die Rechtsordnung schafft und knüpft, die andere sind die Momente aus dem allgemeinen Leben, an welche sie jene knüpft. Für beide kommen entsprechend verschiedene Erkennungsmittel in Betracht: die ersteren können mit Hilfe der Rechtsdogmatik begriffen werden, für die anderen müssen die Hilfsmittel der Geschichte, der Gesellschaftswissenschaft und ergänzend das sich auf die allgemeine Erfahrung stützende Denken benützt werden[5]). Nach Jellinek[6]) ist nun diese andere Seite nur ein Annex, der für die juristische Erkenntnis nicht von Belang ist. Da es aber das Wesen des Rechts ist, mit Lebensverhältnissen zu arbeiten, so ist deren Natur auf die Rechtsbeziehungen, die an sie geknüpft werden, mitbestimmend: beide Seiten bilden erst einen juristischen Begriff[7]). Will man

---

und so versuchen sie erst seine Beschränkung der Rechtspersönlichkeit auf ihre eine Seite und dann seine Verwendung der Interessentheorie zurückzuweisen.

[3]) Was für die natürliche gern vergessen wird. Daher ist diese Feststellung (System S. 28) wichtig. Sklaven!

[4]) Vgl. § 4 d. A. und im Anschluß daran mehrfach.

[5]) Ein Beispiel erkläre diese Doppelseitigkeit der juristischen Begriffe: auch zu dem der „natürlichen Persönlichkeit“ aus BGB. § 1 umfassen wir zwei Seiten, verbinden mit der Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu tragen, die Erscheinung „Mensch“. Diese entnehmen wir nicht der juristischen Gedankenwelt, sondern der allgemeinen Erfahrung, wenn uns auch solche Denktätigkeit infolge der allzugeläufigen Erkenntnismittel nicht bewußt wird.

[6]) Namentlich System Kap. 3. Die scharfe Unterscheidung der Erkenntnismittel bleibt ein Verdienst.

[7]) Woher nähme man auch sonst das Recht, wegen eines in der Außenseite liegenden Grundes den ganzen Begriff für juristisch verfehlt zu er-

diesen erfassen, muß man sie beide festlegen, muß klarstellen nicht nur, daß und wie das Recht Beziehungen setzt, sondern was es in Beziehungen setzt.

Darin, daß diese Außenseite nicht so einfach zu erkennen ist wie bei der natürlichen Person, besteht gerade die Schwierigkeit des Verständnisses der juristischen. Nicht über die Eigenschaft, die einem Verbande von der Rechtsordnung beizulegen sei, sondern, an was sie geknüpft werden solle, wie hier ein Subjekt möglich, darüber entstand in der Wissenschaft Zweifel und Streit. Es ist klar, daß die Rechtsordnung die zweite Seite der Rechtsbegriffe nicht schaffen kann, weil sie außerhalb ihres Gebietes liegt[8])[9]). Sie kann ihre Beziehungen nur an vorhandene geeignete Momente anknüpfen oder sie muß wenigstens so tun, als ob solche da wären, d. h. sie fingieren.

Mit dieser Außenseite der juristischen Begriffe braucht man sich bei Jellinek dank einer großzügigen Gedankenführung nicht abzumühen. Davon ausgehend[10]), daß es das Recht mit dem praktischen Leben zu tun habe, wird diese Außenseite in das

---

klären, z. B. die Rechtsfähigkeit eines Steines, einer Reliquie. Über das Vorkommen solcher Irrtümer der Rechtsordnung s. Gierkes Genossenschaftsrecht mehrfach.

[8]) Mittelbarer Einfluß ist freilich bei der Wechselwirkung zwischen Recht und Leben nicht ausgeschlossen und gerade bei den juristischen Personen erheblich. Vgl. u. § 5 d. A. und die folgende Anm.

[9]) Auf Verkennung dieser zwei Seiten des juristischen Begriffes beruht auch die Stellungnahme v. Thurs a. a. O. S. 369 ff. zur organischen Theorie. Er glaubt sich ihr zu „nähern", — grade diese Theorie verträgt aber Halbheiten recht wenig. Richtig erkennt er die „reale Existenz der j. P." (S. 371), wähnt sich aber in Übereinstimmung mit Gierke darin, daß die Rechtsordnung die j. P. im Gegensatz zur natürlichen schaffe. G. hat aber andauernd ebenso betont, daß die „Geburt der j. R." vom Rechte geregelt werde (vgl. auch im Text § 4 Ende), wie daß dies ein sozialer Vorgang, kein Akt der Gesetzgebung wäre. Nicht durch die Paragraphen, welche eine Vereinsgründung regeln, wird ein soziales Lebewesen erzeugt, sondern erst, wenn nun tatsächlich Leute kommen und danach einen Verein gründen. Damit fällt auch jenes blendende Wortspiel zusammen, mit dem v. Thur S. 373 Gierke zu schlagen meint. Es blendet hierbei der mittelbare Einfluß: gutes Vereinsrecht — viele Gründungen. Letzten Endes bewirkt eine gute Rechtsordnung aber auch eine stärkere Bevölkerungszunahme: sind die deswegen Mehrgeborenen Geschöpfe des Rechts?

[10]) Namentlich System, S. 15 ff.

Recht hineingezogen, soweit sie „subjektiv“ dazu gehört. Das Recht hat es danach gar nicht mit der Umwelt zu tun, sondern nur mit eigenen Gedanken[11]), woraus hervorgeht, daß diese für den Juristen stets das „Reale“, Gegebene sind, keine Fiktionen Im Gegensatz dazu scheinen mir die Sätze der Rechtsordnung nur verständlich als Willensakte der rechtssetzenden Macht in Bezug auf vorhandene Erscheinungen. Es kann auf diese der Rechtsphilosophie angehörenden Gebiete hier unmöglich näher eingegangen werden, hingewiesen sei aber auf die Tatsache, daß Jellineks Konstruktionen in der Luft hängen, weil das Subjekt dieser „subjektiven“ Auffassung ganz unbestimmt ist, wenn er nicht die Erklärung mit einem Rückgriff auf die Zwecktheorie gegeben hätte. Die Einheiten, mit denen er operiert, sind teleologische. Nun ist die Anwendbarkeit des Zweckmomentes im Rechte sehr bestritten: die einen sehen mit Jhering in ihm den Schöpfer allen Rechtes und machen den ausgiebigsten Gebrauch davon, die anderen verwerfen es ebenso entschieden. Ich schließe mich den letzteren an und folge namentlich den Ausführungen von Hugo Preuß in seinem Artikel über Organpersönlichkeit. Erfaßt man scharf, daß jeder Zweck nur Beziehung auf ein wollendes Subjekt ist, so sieht man daß jedes Ding unendlich viele Zwecke haben kann, je nach dem Willenssubjekt, zu dem es in Beziehung gesetzt wird. Die Einführung von Personifikationen vermehrt die Verwirrung. So spielt bei Jellinek vielfach die „Rechtsordnung“ eine Subjektsrolle. Willenssubjekt kann aber doch nur der hinter ihr vermutete „Wille des Gesetzgebers“ sein. Unter dieser Form pflegen freilich auch auf andern Rechtsgebieten die Verfasser gern „der Herren eigenen Geist“ zu präsentieren. Daneben läßt Jellinek — der Vielgestaltigkeit des Lebens zu genügen — noch das „praktische Denken“ zweckbestimmend sein. Das beobachtet freilich verschiedenerlei Zwecke. Die Auswahl trifft letzten Endes der Verfasser, der so „praktisch denkt“. Denn daß es keine objektiven Zwecke gibt, und daß auch der Begriff des Jheringschen Zwecksubjektes kein festerer ist, sondern mit dem zweckbestimmenden Subjekt wechselt, folgt notwendig aus dem Zweckbegriff[12]).

---

[11]) System, S. 17.

[12]) Hierüber vgl. besonders den Artikel von Preuß.

Nun gibt es freilich „Zwecke“ [13]), welche als besondere, für sich bestehende von der Vorstellung begriffen werden, und durch ihre Hineinbeziehung erhöht sich die Überzeugungskraft der Zwecktheorie; man kann sagen, sie beruht auf dieser Tatsache, insofern diese allein die Wirklichkeit wiedergibt, während die Vermischung mit sonstigen Zweckmomenten nur Verwirrung oder Willkür einleitet. Aus der Zweckdefinition folgt nämlich, daß ein Zweck dann nur als eigener denkbar, wenn er sich zugleich zweckbestimmendes Subjekt ist, sich auf seinen eigenen Willen bezieht [14]). Nur ein willensfähiges Subjekt ist als Träger solchen Zweckes denkbar, und diese „Selbstzwecke“ bestehen in der aus sich selbst hervorgehenden (immanenten) Entwickelung von Wesen. Solche Wesen, die sich nicht aus einer äußeren Kräfteeinwirkung verändern (mechanisch), sondern entwickeln, nennen wir Lebewesen oder Organismen. So wenig wir nun auch den Urbegriff des Lebens erfassen und lösen können, werden wir doch „die Tatsache des begrifflichen Unterschieds zwischen lebendigem Organismus und totem Mechanismus als gegeben hinnehmen müssen“ und müssen auf ihm weiterbauen, wenn wir Organismen bei Rechtsinstituten verwenden [15]). Klar ist dabei, daß wir solche Selbstzwecke nicht von äußeren Teleologien her begreifen können: in diesem Sinne sind die Organismen in der Tat zwecklos, wenn damit auch nicht gesagt ist, daß sie nicht vom Gesichtspunkt eines anderen Subjekts einen Zweck haben können; nur wird ihr Wesen dadurch nicht erklärt. Eine Pflanze, ein Mensch, ein Verein können für meine Ziele einen Zweck haben: aber nur eine Maschine wird in ihrem Wesen erklärt durch den Zweck, den ich mit ihr verbinde.

---

[13]) ebd. S. 112 (566) ff.

[14]) Auch Jellinek führt den Willen an: System S. 29 und 32, für jur. Personen des privaten Rechts S. 255; aber es ist eine Vielheit von Willen, die unter dem Gesichtspunkte des Zweckes (wessen? fast scheint es: der Wollenden!) zur Einheit wird. Andere Schriftsteller haben dem Willen eine entsprechende Stellung neben dem Zweck eingeräumt, so namentlich Rosin in den beiden angegebenen Werken. Hat man aber ein Wesen mit eigenem Willen und darauf bezogenem Zweck, so hat man den Organismus.

[15]) Vgl. Preuß, Über Organpersönlichkeit, S. 121 (575).

§ 4. Fiktionstheorie und lebendiger Organismus

Es ist auf die Theorie Jellineks derart eingegangen worden, weil sie die Theorie vom lebendigen Organismus am meisten gefährdet. Von dieser aus muß man aber die rechtliche Natur auch der Wassergenossenschaften verstehen. Zugleich haben wir dabei das Wesen eines Organismus festgestellt als eines Gebildes des realen Lebens mit eigenem Willen und eigenem Zwecke, das diesen Willen in Bezug auf diese Zwecke betätigt, also handelt, lebt. Damit sind alle diejenigen, welche in engerem oder loserem Anschluß an Jellinek solche „Zwecke" und „Willen" sehen, deren Subjekte die Träger der von der Rechtsordnung verliehenen Eigenschaften sind, für uns gewonnen. Einzig die Vertreter der einst starken Fiktionstheorie stehen uns entgegen. Nach dem Gesagten sind wir uns klar, daß wir ihnen mit rein juristisch dogmatischen Erkenntnismitteln das Vorhandensein eines Verbandswesens als Einheit sowenig beweisen können, wie wenn jemand erklärte, er könne sich unter einem „Menschen nach Vollendung der Geburt" nichts Reales vorstellen. Es handelt sich um ein Problem des Beobachtens, Erkennens, nicht um ein Problem gedanklicher Konstruktion: nicht darum, wie wir uns etwa denken sollen, sondern was wir erkennen. Der Grundfehler der Fiktionstheorie liegt nun in der Annahme, es wäre nichts real, d. h. vorhanden, was nicht konkret, d. h. mit den fünf Sinnen wahrnehmbar sei. Die organische Theorie verkennt den Unterschied ihrer ideellen Verbandspersonen von den konkreten physischen keineswegs, zieht aus ihm vielmehr wichtige Folgerungen für das Recht. Darum sträubt auch gerade die wahre Organtheorie sich gegen die Übertragung von Bildern der konkreten Welt auf die ideelle: denn das ist fingieren. Nicht die Gleichheit behauptet sie, sondern die Gleichwertigkeit: beide Personenarten sind einander parallel, beide sind Tatsachen von realer Existenz. Eine Fiktion besteht nur im Kopfe des fingierenden Menschen: denkt er anders, so ist sie nicht mehr vorhanden. Eine Verbandsperson dagegen nehmen wir nur wahr, wenn wir sie uns vorstellen, wir schaffen sie nicht: denn denken wir auch an etwas anderes, so besteht doch z. B. der Staat weiter. Hierin liegt der logische Beweis des realen Vorhandenseins ideeller Mächte. Alle übrigen

sind Erfahrungsbeweise, die uns die erwähnte Hilfswaffe, die Soziologie, liefert. In engster Verbindung mit der Lehre von der rechtlichen Gestaltung ihrer Ergebnisse in der deutschen Rechtsgeschichte hat namentlich Gierke in seinen drei Bänden „Genossenschaftsrecht“ uns diese Tatsachen vor Augen geführt. Der Gedanke der Einheit in der Vielheit, der eine Wille, der eine Zweck lassen sich nicht leugnen, wenn wir sehen, daß mit dieser Auffassung sonst unerklärliche Lebenserscheinungen sich erklären. Dabei dürfen wir nicht vergessen: nur das organische Band gehört der Gedankenwelt an, was es zusammenhält, sind Menschen von Fleisch und Blut. Und wir dürfen uns nicht dagegen versperren, daß wir längst diese Verbandseinheiten in unsere Vorstellung aufgenommen haben: wir sprechen von Gemeinde, Staat usw. und verstehen darunter etwas anderes als nur eine Sammelbezeichnung für die Bürger!

Früher, als man die Kluft zwischen vertragsmäßiger Verbindung in einer societas und dem den Mitgliedern selbständig gegenübertretenden Wesen der Rechtsperson unüberbrückt sah[1]), mochte in der Tat die zweite Form „mystisch“, unbegreiflich vorkommen. Jetzt, da uns die Forschung der neueren Genossenschaftstheorie die ganze Stufenleiter der das Leben wiederspiegelnden germanischen Rechtsinstitute begreifen gelehrt hat, können wir an der Hand dieser „Bilder im Spiegel des Rechts“ die ganz natürliche Gestaltung der menschlichen Assoziationsformen verfolgen und auch ihre Krone, die Bildung eines Organismus verstehen. Hierzu kommt noch eines: wir alle stehen im Banne des in der scharfen Gegenüberstellung genialen römischen Rechts und seiner Ausprägung der Indivipualperson, und verfallen zugleich leicht dem Irrtum, das, was uns zunächst liegt, als das Selbstverständliche zu betrachten, ohne an sein Werden zu denken. So erscheint unserer Vorstellung auch das Handeln, Wollen, die Existenz der Einzelperson und vollends ihre Rechtspersönlichkeit als das „ursprüngliche“: nach ihr erst denken wir uns Verbandspersonen entstehen, handeln und Rechte haben — und so empfangen wir immer den Eindruck von etwas Künstlichem, dem Begriff des Individuums „Nachkonstruiertem“. Tatsächlich gehen wir damit

[1]) So noch die ältere Genossenschaftstheorie.

unhistorisch vor, und ein ganz anderer, lebendiger Begriff steht vor unserem Auge, wenn wir dem historischen Werden folgen: da sehen wir in einer Zeit, die vor dem römischen Recht liegt, die Gruppe mit Kollektiveigentum und Kollektivehe als Rechtsträger, aus der sich erst in langer Entwickelung das Individuum mit Sondereigentum und Sonderpersönlichkeit aussondert[2]).

Abschließend seien Gierkes Worte[3]) angeführt: „In der Tat ist die juristische Person nichts anderes als der rechtliche Ausdruck für die auf allen anderen Lebensgebieten sich gleichfalls offenbarende Tatsache, daß über der menschlichen Individualexistenz die menschliche Gattungsexistenz besteht. Indem sich den in den Einzelmenschen verkörperten Individualwillen gegenüber der die Individualität überragende Gattungswille in zahlreichen und mannigfaltigen Verbandsorganismen verkörpert, regeln sich neben den Individuen Wesenheiten einer höheren Ordnung.“ Und unmittelbar dahinter sagt er über das Entstehen solcher Wesenheiten: „Der Existenzgrund einer juristischen Person liegt entweder in einem historisch-politischen Vorgange oder in einem konstituierenden Akte, wodurch ein nichtindividueller Wille verselbständigt und in einem lebensfähigen Organismus verkörpert wird.“

So hat sich die juristische Person begrifflich ergeben als ein lebendiger Organismus, dem die Rechtsordnung die Eigenschaft beilegt, Rechte haben und Pflichten tragen zu können. Sie ist kein Bild eines natürlichen Menschen, sondern eine ihm parallele Erscheinung: beides sind Organismen. Allein die Verschiedenheit dieser Organismen spielt für das Recht eine bedeutende Rolle: die Organisation jenes ist von der Natur geschaffen und darum dem Einflusse von Rechtssätzen entzogen. Bei den Wesenheiten höherer Ordnung besteht sie in Beziehungen von Mensch zu Mensch, die rechtlicher Regelung fähig sind und ihrer bedürfen, wenn jenes Wesen zu einem Gebilde des Rechts werden soll. Speziell auf die Entstehung gerichtet bemerkt Gierke[4]) über diesen Unterschied und seine Folgen: „Das Recht empfängt

[2]) Vgl. die Ausführungen Kohlers in Helmolts Weltgeschichte Bd. I, sowie in Holtzendorffs Enzykl. Bd. I.

[3]) Bei Holtzendorff, Art. Juristische Person.

[4]) Theorie, S. 23, 24.

also die von ihm mit Persönlichkeit bekleideten realen Willensträger von außen. Es kann weder natürliche noch soziale Organismen aus dem Boden stampfen. Dabei besteht freilich zwischen beiden Gattungen der Rechtssubjekte ein tiefgreifender Unterschied. Denn während das Werden des menschlichen Individuums überhaupt der Rechtsordnung entzogen ist, haben die Vorgänge, welche eine Verbandseinheit ins Leben rufen, eine rechtliche Seite. Da alle Bildung von Gemeinwesen sich durch äußere menschliche Willensakte vollzieht, vermag das Recht hierbei durch seine den Willen determinierenden Normen mannigfach mitzuwirken."

b) Die Wassergenossenschaften als juristische Personen

§ 5. Der soziale Organismus der Wassergenossenschaft

Liegen nun auch den Wassergenossenschaften soziale Organismen zu Grunde? Ihr Vorhandensein wird gewährleistet durch die Beschränkung des Gesetzes auf bestimmte Fälle, bestimmte Wirtschaftserscheinungen, welche § 1 W. G. G. aufzählt und die Einleitung oben erwähnt. Diese sind geeignet, den einheitlichen Lebenszweck eines Organismus abzugeben. Wohlverstanden: es können sich auch Menschen etwa zu einer Bewässerung zusammentun, ohne einen Organismus zu gründen, indem sie darin nur ein Gleichlaufen ihrer verschiedenen Einzelzwecke sehen. Juristisch würde sich das in der Form der Gesellschaft wiederspiegeln. Schwerlich werden sie aber damit den gegebenen Verhältnissen gerecht werden und in den meisten Fällen werden sie das in Schwierigkeiten verspüren, welche statt gleicher Richtung ein Zuwiderlaufen verschiedener Einzelzwecke offenbaren. Darum wird — von den wirtschaftlichen Bedingungen veranlaßt — von vornherein ein einheitlicher Wille der Beteiligten sich bilden, der sich seinen einheitlichen Zweck setzt und dieser Einheit auch widersprechende Einzelwünsche unterordnet. Die organische Einheit tritt in Erscheinung. Die Möglichkeit einer anderen Bildung mußte zugegeben werden, weil, wie schon oben betont, der einheitliche Zweck an sich nicht genügt, ja garnicht vorhanden sein kann, wenn nicht ein einheitlicher Wille dahinter steht. Und tatsächlich ist ja auch vielfach der menschliche Assoziationstrieb zu schwach, um die erforderliche Willenseinheit in einem Falle

zu schaffen, in dem sie etwa ein auf höherer Warte stehender Volkswirtschaftler als nötig erkennt.

Wenn sich nun aber Menschen zu einer Wassergenossenschaft zusammenschließen, so sorgt das Gesetz durch die Normativbestimmungen und alle Vorschriften über den Aufbau, daß Organismen zustande kommen. Im übrigen erhalten diese ihre individuelle Prägung durch Entstehungsmomente, die außerhalb des Rechtsrahmens liegen. Systematisch richtig steht darum der Hinweis auf die von Fall zu Fall besondere Bildung des sozialen Organismus für beide Arten Wassergenossenschaften unter den „allgemeinen Bestimmungen" (§§ 4 und 8). Diese Bildung ist aber für beide Arten verschieden und wird darum jeweils bei diesen besprochen.

Die Hauptsache bleibt, daß in den vorgesehenen Fällen das Entstehen eines einheitlichen Willens der Natur der Sache nach möglich ist, daß also durch das Gesetz keine wirtschaftlichen Gewalttaten verlangt werden. Daß dem entsprochen ist, sahen wir. Doch noch eine andere Anforderung erwächst aus diesen Erwägungen: das Gesetz soll möglichst für alle Fälle, in denen die wirtschaftlichen Verhältnisse einen einheitlichen Willen und Zweck herbeiführen, die Möglichkeit geben, daß der soziale Organismus als Rechtsgebilde entsteht. Leicht wird hier die fortschreitende Entwickelung des Wirtschaftslebens dem festgelegten Gesetze vorauseilen: aber dann muß das Recht von Zeit zu Zeit folgen. In diesem Sinne sind die Erweiterungen der Anwendungsfälle des Entw. 1911 zu verstehen. Es hat sich herausgestellt[1]), daß auch die Reinhaltung von Gewässern, die Verfehmung, der Hochwasserschutz usw.[2]) den Boden für die Entwickelung sozialer Organismen bildet. Es war darum an der Zeit, sie aufzunehmen, und es wird darauf zu achten sein, daß kein Fall übergangen wird. Hier könnte nun ein Einwand erhoben werden: nach dem Gesagten entständen doch die sozialen Organismen außerhalb des juristischen Gebietes; weshalb nun z. B. solche zur Reinhaltung von Gewässern erst entstehen würden, nachdem der Entwurf Ge-

[1]) z. T. ist es schon in Spezialgesetzen erprobt: Genossenschaften für Talsperren und Sammelbecken für die Gebiete der Wupper, Lenne, Volme und Ruhr.

[2]) Vgl. o. § 2 d. A. Anm. 11.

setz geworden? Dabei muß zugleich der schon erwähnte[3]) mittelbare Einfluß des Rechtes erklärt werden. In der Tat gibt es soziale Gebilde, welche leben, ohne daß sich das Recht mit ihnen überhaupt abgibt — von der Verleihung der Rechtsfähigkeit ganz zu schweigen. Und diese können solche Macht erlangen, daß sie schließlich das Recht anerkennen muß, sei es durch Gesetzerweiterung, sei es durch Gewohnheitsrecht. Im allgemeinen wird aber bei Wirtschaftsgenossenschaften zu den sonstigen einheitlichen Vorteilsaussichten (wie Gewinn, Schadenvergütung und dergl.) auch die Aussicht auf einheitliches Auftreten im Rechtsleben zur Entstehung notwendig sein: sonst wären zur rechtlichen Durchsetzung der Wirtschaftseinheit meist Kämpfe nötig, die den erwarteten Vorteil aufzehrten. Ist dagegen die rechtliche Anerkennung gewährleistet, so werden Organismen entstehen: aber deswegen sind sie nicht von dem betreffenden Gesetze geschaffen, vielmehr beruhen sie auf der rein wirtschaftlichen, man könnte sagen: rechnerischen Tatsache, daß sie nunmehr lebensfähig (rentabel) geworden sind.

§ 6. Die Anerkennung durch das Recht: mögliche Auffassungen und positive Gestaltung

Soziale Organismen bilden also die Grundlage der Wassergenossenschaften; werden sie nun vom Rechte mit der Fähigkeit ausgestattet, Träger von Rechten und Pflichten zu sein? Das Spezialgesetz könnte diese Frage offen lassen, so daß sie sich gegebenenfalls die Rechtspersönlichkeit nach allgemeinen Vorschriften verschaffen müßten: dann hätte diese mit dem besonderen Wesen der Wassergenossenschaften eben nichts zu tun. Es könnte ferner ihnen diese Fähigkeit ausdrücklich verleihen entweder generell[1]) oder unter Verweisung auf einen jedesmal nachzuholenden Ver-

---

[3]) oben § 3 Anm. 8 und 9.

[1]) Wie es in musterhafter Klarheit der Entw. 1911 tut: § 187. „Die Genosssenschaft ist rechtsfähig". Mit seinem Inkrafttreten wären die ganzen Untersuchungen des § 6 d. A. also überflüssig. Auch so finden sie freilich ihre Berechtigung nur in dem Bestreben, die Rechtsfähigkeit der WG. als schon im Willen des WGG. liegend zu beweisen. Denn daß sie dieselbe heute zweifellos besitzen, dafür könnte man einfach auf die widerspruchslose Gewohnheit einer 30jährigen Praxis verweisen.

waltungsakt[2]). Letzteres ist nicht geschehen und auch eine sonstige ausdrückliche Anerkennung derart ist nicht erfolgt, daß etwa das Gesetz auf die Wassergenossenschaften einen Begriff anwendete, aus dem unzweifelhaft ihre Natur als juristische Person folgte. Namentlich ist der Name Genossenschaft kein solcher, sowenig wie etwa Gesellschaft für das Gegenteil es ist[3]). Schießlich bliebe die Möglichkeit, daß das Gesetz der Genossenschaft Eigenschaften beilegte, die nur eine juristische Person haben kann. Auf diesem Wege kommt Bry zu einer Untersuchung der beiden Einzelarten, indem er ausführt, die in § 10 erfolgte „allgemeine Bestimmung": „Die Genossenschaft kann unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden," sei nicht beweiskräftig, weil hier unter „Genossenschaft" nicht nur die über den Mitgliedern stehende Einheit, sondern auch die überhaupt nicht persönliche, folglich auch nicht zur Rechtsperson werdende Zusammenfassung der Mitglieder gemeint sein könne. Er verweist auf HGB. § 124, wo in der Tat für die offene Handelsgesellschaft bei fast gleichem Text die zweite Alternative gilt. Doch bleibt unbefriedigend, wenn Bry dann, das Versagen aller anderen Kriterien scharfsinnig nachweisend, für die öffentlichen Genossenschaften das Merkmal der Rechtsfähigkeit in der Ordnungsstrafgewalt des Vorsitzenden[4]) findet, für die freien aber gar keines und für diese dann doch auf allgemeine Erwägungen zurückgreifen muß. Einmal ist diese „ganz zweifelsfreie Feststellungsweise[5])" gar nicht so unbedingt durchschlagend: gibt es doch im Rechtsleben die Erscheinung der unvollkommenen, lediglich sozialrechtlichen Person, bei der die Rechtsordnung wohl die Subjektstellung nach innen, den Mitgliedern gegenüber, nicht aber nach außen anerkennt[6]).

---

[2]) Wie z. B. BGB. § 22.

[3]) z. B. Aktiengesellschaft! — [4]) Bry, S. 84. Es entspricht § 54 WGG.

[5]) Bry, S. 86 Anm. 30.

[6]) Theorie, S. 169 ff. Bezüglich der hier erwähnten Erscheinung stimme ich Gierke durchaus zu. Ein bedeutsames Beispiel aus der Rechtsgeschichte ist der nichtkorporationsfähige Verein des Pr. ALR. Die weiter von Gierke, ebd. behauptete unvollkommene Persönlichkeit der Behörden lehne ich allerdings als Verkennung der Organpersönlichkeit ab. Vgl. den erwähnten Art. von Preuß.

So wäre in der Tat der von Bry S. 82 für unmöglich erachtete Fall denkbar, daß eine solche nicht rechtsfähige Vereinigung Strafgewalt besäße. Wir müßten also auch für die öffentlichen Genossenschaften zu den allgemeinen Erwägungen zurückkehren. Die sind freilich durch Bry — und das ist der zweite Punkt, in dem ich sein Verfahren nicht billige — so in den Hintergrund gedrängt, daß sie kaum noch die Überzeugungskraft besitzen, die ihnen zukommt.

Dabei müssen sie das Leitende sein: denn das Gesetz schafft zunächst den Einheitsbegriff der Wassergenossenschaft, um ihn hernach zu teilen, nicht daß man aus den beiden Einzelformen einige Eigenschaften heraussuchen müßte, um einen gemeinsamen Oberbegriff konstruieren zu können. Und weiter: diesem Einheitsbegriff der Genossenschaft wollte das Gesetz die Rechtspersönlichkeit geben. Das lehrt die geschichtliche Entwickelung über die Reihe der preußischen Gesetze[7]), das lehrt die bei Schaffung des Gesetzes in Materialien und Verhandlungen mehrfach erfolgte Berufung und Beziehung auf das französische Gesetz von 1865[8]), es zeigte der Regierungsentwurf[9]) (insbesondere für die freien Genossenschaften) und die Kommissionsbeschlüsse des Abgeordnetenhauses. Dort wird bei der Frage der Vertretung gesagt[10]), § 9 drücke „in seiner Verbindung mit § 10 nicht mehr, aber auch nicht weniger aus, als was aus der Verleihung der juristischen Person an die Genossenschaft von selbst folgt“. Diese Verleihung sollte also in § 10 gegeben sein. Und das ist der springende Punkt: man hatte überhaupt jenen an sich ganz unzweifelhaften Weg der ausdrücklichen Zusprechung der Rechtsfähigkeit gewählt. Lediglich der Ausdruck ist nicht ganz glücklich gewählt oder richtiger gesagt, durch den Sprachgebrauch anderer Gesetze, wie HGB. § 124, mißverständlich geworden. Denn an sich scheint doch dem sprachlich unverdorbenen Empfinden der von Bry zur Klarheit vermißte, in neueren Gesetzen beliebte[11]) Zusatz „als solcher“ ebenso überflüssig wie unschön. Zur Auf-

---

[7]) s. o. Einleit. § 2. — [8]) ebd. u. Bry selbst, S. 85. — [9]) Drucksachen S. 199. — [10]) Ebenda S. 889.

[11]) Auch der Entwurf eines Wassergesetzes von 1894 braucht ihn in § 183. Über den Entw. 1911 s. o. § 6 Anm. 1.

klärung einer solchen Unklarheit ist ja aber die Auslegung nach dem Sinne des Gesetzgebers gegeben und, wenn diese auch mitunter nur die Quelle neuer Streitigkeiten ist, — hier entscheiden die oben angeführten Erwägungen klar dahin, daß im Sinne des Gesetzgebers § 10 den Wassergenossenschaften die Rechtsfähigkeit verleiht. Interessant ist hierbei die Stelle bei Gierke, Theorie S. 612 in der Anmerkung: „Sehr bezeichnend ist ferner die Form, in welcher diejenigen neueren Gesetze, welche gewissen Körperschaftsgattungen die Persönlichkeit unter Vermeidung des technischen Namens der juristischen Person zugestehen, das Recht der Persönlichkeit umschreiben. In ziemlich übereinstimmenden Wendungen attribuieren sie der Genossenschaft als solcher gleichzeitig die Rechts- und Handlungsfähigkeit.“ Als Beispiele werden dazu angeführt Unf. Vers. Ges. § 9, Gesetz über die Krankenkassen § 25, Gesetz betr. Abänderung der Gew. O. vom 1. VII. 83, § 99, Preuß. Waldschutzgesetz § 42 und eben unser WGG. § 10. Alle diese haben in der Tat einen dem letzten parallelen Text und in sämtlichen fehlt das (von Gierke als selbstverständlich, nur zu größerer Klarheit ergänzte) „als solcher“. Danach kann man mit Recht sagen: diese Ausdrucksform war eben die zu jener Zeit übliche Form für ausdrückliche Verleihung, was vollkommen bewiesen wird durch die Ausführungen Theorie S. 31, wo es heißt: „Allerdings hat sie dabei den Ausdruck juristische Person oder Korporation möglichst vermieden und sogar bezüglich der Innungen aus dem Gesetzestext, bezüglich der Hilfskassen aus dem Gesetzentwurf mit Vorbedacht wieder entfernt und durch eine Umschreibung wieder ersetzt. Indes herrschte gerade hierbei Einverständnis, daß dadurch eine sachlich abweichende Charakterisierung solcher Verbände nicht herbeigeführt werden sollte.“ Die Anmerkung dazu zeigt, daß diese „Umschreibung“ des Begriffs juristische Person eben die im WGG. § 10 gebrauchten Worte sind. In den anschließenden Erörterungen findet sich dann auch (S. 34) die Erwähnung der preußischen Wassergenossenschaften.

Wir haben danach in allen Wassergenossenschaften juristische Personen zu sehen.

2. System der Juristischen Personen und Einordnung der Wassergenossenschaften

§ 7. Anstalten und Korporationen

Die juristischen Personen teilt man zunächst in Anstalten (mit der Unterart der Stiftung) und Korporationen. Über die unterscheidenden Merkmale sagt Gierke[1]): „die Anstalt ist eine von außen für irgend einen rechtlichen Verband konstituierte Einheit; ihr Körper ist ein Anstaltsorganismus, vermöge dessen eine Reihe von Menschen einem außer ihnen liegenden Zwecke dienstbar wird; ihr belebendes Prinzip ist ein von einem außer ihr stehenden Willen abgeleiteter Teilwille[2])." Zur Vermeidung von Irrtümern sei festgehalten, daß für die Dauer ihres Bestehens auch bei der Anstalt Wille und Zwecke ihre eigenen sind — sonst wäre sie ja keine Rechtspersönlichkeit. Lediglich auf die Herleitung kommt es bei diesem Unterschiede an, die freilich den inneren Aufbau des betreffenden Körpers entscheidend beeinflußt. Zum Schluß bleibe die von Gierke geprägte gern zitierte Zusammenfassung auch hier nicht unerwähnt, die als Schlagwort den Unterschied beleuchtet: daß der Wille der Anstalt ihr transcendent, der der Korporation ihr immanent ist.

Diese Scheidung ist eine absolute; keine juristische Person kann beiden Arten angehören. Das schließt nicht aus, daß eine begrifflich der einen Art zuzurechnende juristische Person als Nebenmomente mehr oder minder zahlreiche Anklänge an die jeweils andere Art aufweist[3]).

Die Wassergenossenschaften sind den Korporationen zuzurechnen: wird der volle Beweis auch erst mit dem inneren Aufbau gegeben sein, der danach die Willensbildung aus dem Individualwillen der Mitglieder heraus aufweisen muß, so ergibt es sich doch schon aus dem Gesagten und ist namentlich die Form, die der nach der Einleitung bestehenden wirtschaftlichen Grund-

---

[1]) Bei Holtzendorff, Art. Korporation.

[2]) Rosin betont Recht — S. 48 Anm. 34, daß auch der Zweck entsprechend abgeleitet ist. Über das Verhältnis dieses Zwecks zum Willen s. o. § 4 geg. E.

[3]) Gierke, bei Holtzendorff; auch im Gen. R. mehrfach. Rosin Recht — S. 49.

lage entspricht. Zudem ist die Bezeichnung „Genossenschaft", wenn sie auch nicht notwendig eine juristische Person bezeichnet[4]), für den Fall, daß sie einer solchen beigelegt ist, Beweis für deren Zugehörigkeit zur Gruppe der Korporationen: die Zeiten des selbst anstaltlichen Polizeistaates, der dies unterdrückte, sind vorüber[5]).

§ 8. Politische Gemeinden; Personal- und Vermögensgenossenschaften

Unter den Körperschaften pflegt man nach Beselers Beispiel die politischen Gemeinwesen vorweg zu nehmen, wie die verschiedenen Formen des Staates, die Gemeinden und die Kommunalverbände. Bei dieser — praktisch wichtigen — Scheidung folgt man dem Gesamteindruck und schafft kaum einen kontradiktorischen Gegensatz. Auf den Kern dieser Einteilung und ihre Bedeutung für die Wassergenossenschaften wird unten noch zurückgegriffen werden[1]).

Die übrigen Körperschaften, „Korporationen i. e. S.", „Genossenschaften", werden vielfach nach Gierkes Beispiel je nachdem ein Personenverein ihr ausschließliches Substrat oder außerdem eine objektive Grundlage notwendig ist, in rein persönliche und sachlich bedingte geteilt, die letzteren weiter in Realgenossenschaften i. e. S., bei denen dieses Substrat in unbeweglichen Sachen besteht, und Vermögensgenossenschaften, die sowohl als Ganzes durch ein Vermögen bedingt und bestimmt werden, wie sich auch ihre Zusammensetzung und Gliederung nach der dieses Vermögens bestimmt. Haltbar ist diese Einteilung sicher, insofern sie an vorhandene rechtliche Verschiedenheiten anknüpft. Fruchtbar scheint sie mir dagegen nicht zu sein, insofern keineswegs grade diese Verschiedenheiten auch andere Richtungen in der ganzen rechtlichen Behandlung herbeiführen. So kann z. B. der bestimmende Einfluß einer in Land bestehenden Grundlage lediglich in seiner Beziehung zur Gesamtperson, in der Art des ihr über das fragliche Land zustehenden Rechtes bestehen, wie er auch das Wesen der Mitgliedstellung miterfassen kann.

An diesem letzten Punkte kann man aber mit einer Einteilung einsetzen, bei welcher die Zugehörigkeit zu einer Gruppe sich mit

[4]) Vgl. o. S. 27. — [5]) s. u. § 30 d. A.

[1]) s. u. § 10 d. A.

einer bestimmten Rechtsnatur und einem scharfen Gegensatz zur andern in der ganzen Wirkung deckt. Zu scheiden ist danach, ob die Mitgliedschaft in erster Linie ein Personenrecht oder ein Vermögensrecht ist.

Wohlbemerkt „in erster Linie"; denn da die Mitgliedschaft die sozialrechtliche Eingliederung einer Persönlichkeit in eine Gesamtperson und ihre organische Beteiligung an deren Leben enthält, so muß sie stets personenrechtliche Momente umfassen. Damit wird aber der oben aufgestellte Gegensatz nicht verwischt. Zu seiner Erklärung müssen wir etwas tiefer gehen. Die Mitgliedsstellung ist ein Komplex von Rechten und Pflichten, je nach dem Bau der Genossenschaft mehr oder weniger, so oder so geartete. Wir werden nachher (§ 19 d. A.) sehen, wie insbesondere unter den durch die Eingliederung bedingten Rechten zwei Gruppen auftreten — solche, die sich in der gliedschaftlichen Sphäre auch erschöpfen und solche, die zugleich in der Sondersphäre der Gliedperson wurzeln und eine Verflechtung von Sozial- und Individualrecht aufweisen. Wo wir diese Überleitung zum Individualrecht haben, kann es auch nicht verwundern, wenn rein individuale Rechte in diesen Komplex mit hineingewebt sind, zumal ja die Aneinanderknüpfung verschiedenartiger Rechte — z. B. Sachen- und Forderungsrecht beim Inhaberpapier — aus andern Gebieten bekannt ist. Diese alle verschmelzen zu einem Komplex, so daß alle übrigen dem jeweils hervorstechenden Rechte als akzessorisch erscheinen, seine untrennbaren Begleiter sind, was nicht hindert, daß sie der Ausübung nach überlassen werden können.

Den schärfsten Gegensatz zu den rein sozialen, die Eingliederung des Mitglieds grade in diesen Organismus betreffenden Rechten, bilden nun solche Forderungs- und Sachenrechte, die verkehrsfähig sind, d. h. welche der Art nach nicht nur zwischen beliebigen Individuen bestehen können, sondern unter diesen ausgetauscht zu werden pflegen, das sind die Vermögensrechte[2]).

[2]) „Vermögen" und „Vermögensrecht" sind juristisch so streitig wie der nationalökonomische „Wert"begriff. Thur, einer der jüngsten Bearbeiter des bürgerlichen Rechtes, zieht a. a. O. S. 314 auch den Gebrauchswert heran, was m. E. den Begriff des Vermögensrechtes ins Unbestimmte weist. Ganz ähnliche objektive Merkmale wie oben die Verkehrsfähigkeit hat Sohm in mehreren Schriften erfordert.

Vermögensrechte können nun in die Mitgliedschaft hineingewebt sein. Solange sie als Akzessorien neben den Personenrechten herlaufen, kann man von einer personalen Genossenschaft sprechen — auch wenn etwa mit deren Lebenszweck ein sachliches Substrat begrifflich verbunden ist. So z. B. bei den unter § 11 näher besprochenen Gebietskörperschaften. Ihre Mitgliedschaft ist personenrechtlich, das entscheidet, mögen auch vermögensrechtliche Akzessorien vorkommen[3]). Sowie dagegen die vermögensrechtliche Seite die Oberhand gewinnt, und die sozialen Befugnisse und Verpflichtungen zur Beigabe werden, haben wir das Gegenstück dazu: die Vermögensgenossenschaft. Die Mitgliedschaft richtet sich bei ihr nach vermögensrechtlichen Grundsätzen, ja nach außen will es mitunter erscheinen, als sei sie nur im Vermögen ihres Subjektes vorhanden, erfasse dessen Person gar nicht. So insbesondere bei der schärfsten Ausbildung der Vermögensgenossenschaft, nämlich der Kapitalgenossenschaft, bei welcher der ganze Organismus auf einer Geldsumme und deren systematischer Verteilung aufgebaut ist. Wir dürfen aber nicht vergessen, daß hier tatsächlich die Person an ihrem Vermögen hängt, und daß sozialrechtliche Momente stets in der Mitgliedschaft vorhanden; aus einer Häufung und systematischen Beanteiligung von Vermögenssplittern ließe sich doch nie eine lebendige Person schaffen, nur durch den organischen Zusammenschluß von Personen, die freilich hier mit vermögensrechtlichen Fäden verknüpft werden[4]). Diese vermögensrechtliche Struktur des Mitgliedsverhältnisses ist aber natürlich für dessen rechtliches Schicksal entscheidend. Denn hinsichtlich der Übertragung und der ganzen äußeren Behandlung gelten die Vorschriften des Hauptteiles, also Vermögensrecht, erst in der Geltendmachung der sozialrechtlichen Seite der Mitgliedschaft tritt deren Charakter wieder zu Tage.

[3]) z. B. Rechte am Bürgervermögen.

[4]) Darauf hingewiesen sei wenigstens auch hier, daß die irrtümliche Auffassung der Mitgliedschaft als bloßes Vermögensrecht verwandt ist mit jenem nationalökonomischen Irrtume, der in den Aktiengesellschaften lediglich immer das unpersönliche „Kapital" sieht, und verkennt, daß grade in dieser Form weitgehend einzelne Persönlichkeiten wirtschaftlich mit dem Schicksal des Großbetriebes verknüpft werden. — Über den sozial- und vermögensrechtlichen Gehalt der Aktie vgl. auch Genossenschaftsrecht I, bes. S. 1017.

§ 9. Die Wassergenossenschaft als Vermögensgenossenschaft

Wohin sind nun die Wassergenossenschaften zu zählen? Nach der Gierkeschen Einteilung fallen sie unter die Realgenossenschaften i. e. S. Sie sind „sachlich bedingt", indem sich ihr Leben nicht in dem Zusammenschluß von Personen erschöpft, die sich nur zufällig den Wasserverhältnissen widmen, sondern in letzteren ihre bestimmende Grundlage findet (man denke an WGG. § 1). Und diese Grundlagen sind Immobilien, keine Geldsummen.

Für unsere Einteilung kommt es auf die Stellung dieser immobiliaren Grundlage zum Mitgliedschaftsrechte an, was mit den obigen Feststellungen noch nicht gesagt ist[1]). Verbunden sind nun miteinander das Eigentum an den Grundstücken, welche den Gegenstand der wasserwirtschaftlichen Unternehmung bilden, und die Mitgliedschaft, oder: das Eigentum an einem solchen Grundstücke ist eine Seite der Mitgliedsstellung. Genossen können nämlich nach WGG. § 5 sein einmal eine Reihe dort aufgezählter öffentlicher Verbände, „deren Interessen bei dem Unternehmen beteiligt sind". Ihre Mitgliedschaft ist aber eine — man kann sagen — außerordentliche. Beitrags-, Haftungs-, Beteiligung an der Willensbildung müssen für sie — wenn sie überhaupt vorkommen — statutarisch bestimmt werden. Die gesetzlich vorgesehene Gestaltung jener Gebiete bezieht sich stets auf Mitglieder mit Grundstücken, ja sie ist — wie wir bei Betrachtung des inneren Aufbaus der beiden Arten Wassergenossenschaften sehen werden — vielfach nach dem Grundstücke, seiner Größe, Ertrag usw. bemessen. Denn von diesen „außerordentlichen" Mitgliedern abgesehen dürfen nach dem gleichen Paragraphen der Genossenschaft nur die Eigentümer[2]) der bei dem Unternehmen beteiligten Grund-

[1]) woraus die Unfruchtbarkeit jener Einteilung erhellt. Auf diesen Kernpunkt sei nochmals hingewiesen; die Abstellung des ganzen Lebens des Organismus auf die Bewässerung einer bestimmten Landschaft ist an sich denkbar, wenn auch die Mitgliedschaftsrechte rein personenrechtlich gestaltet sind z. B. bestimmte reiche Leute haben sich zu dem wohltätigen Bewässerungswerk zusammengeschlossen. Ebenso gut könnte die Mitgliedschaft aber auch aktienmäßig verteilt werden.

[2]) Denen zu erblicher unbeschränkter Nutzung Berechtigte gleichstehen — WGG. § 6.

stücke angehören[3]). Die Zusammengehörigkeit von Grundstückseigentum und Mitgliedschaft wird grade durch den Ausdruck „beteiligte Grundstücke“[4]), den das Gesetz in den §§ 12, 27, 28, 52, 56, 65, (68), 79, 80 wiederholt, scharf beleuchtet. Bry hat sogar die Schwierigkeiten, die beim Eigentumswechsel eines an einer öffentlichen Wassergenossenschaft „beteiligten“ Grundstücks entstehen, durch den Hinweis zu erklären gesucht, der Gesetzgeber habe irrtümlich die Grundstücke als Träger der Mitgliedschaftsrechte angenommen und die Eigentümer nur gewissermaßen als ihre Repräsentanten.

Tatsächlich liegt es so: die Mitgliedschaft umfaßt — wie festgestellt — das Grundstückseigentum und die sozialrechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen zu einem einheitlichen Komplex. Welche Seite ist nun die herrschende? Die Frage aufwerfen, heißt sie beantworten. Dem Grundeigentum und seinem Schicksal folgen die Genossenschaftsrechte. Damit sind die Wassergenossenschaften auf vermögensrechtlicher Basis aufgebaut, ihre Mitgliedschaft bestimmt sich nach Vermögensrecht.

Der von Bry angenommene Irrtum ist entweder gar nicht vorhanden oder nur der unwissenschaftliche Ausdruck für eine juristische Tatsache: die Mitglieder sind als Grundstückseigentümer an der Genossenschaft berechtigt und verpflichtet. Durch die sozialrechtliche Organisation der Einzelpersonen ist die Gesamtperson der Genossenschaft geschaffen, aber diese Personen sind herangezogen an einem vermögensrechtlichen Bande — an dem Eigentume des beteiligten Grundstückes.

Die Richtigkeit dieser Zuteilung der Wassergenossenschaft zu den vermögensrechtlich zusammengesetzten Genossenschaften werden wir bestätigt sehen, wenn wir bei Betrachtung des innern Aufbaus auf diese Weise die beiden strittigsten Fragen der Wassergenossenschaften gelöst sehen: die der Haftung bei den

---

[3]) Diese Regelung ist auch im Entw. 1911 beibehalten. Die Rechtsnatur der WG. bleibt nach ihm also die gleiche. Erweitert ist nur der Kreis der „außerordentl. Mitglieder“ um die Fischereiverbände und „beteiligt“ können nicht nur Grundstücke, sondern auch Bergwerke sein. Diese Neuerung ist durch den ganzen Entw. durchgeführt und entspricht der Heranziehung der Industrie zu den Wassergenossenschaften. Natürlich gilt für sie das gleiche, was oben von Grundstücken gesagt wird.

[4]) Auch diese Ausdrucksweise (für Grundstücke und Bergwerke) im Entw. beibehalten.

freien und die des Mitgliedschaftsüberganges bei den öffentlichen Wassergenossenschaften.

§ 10. Die Wassergenossenschaft eine Gebietskörperschaft?

Aus zwei Mängeln — dem Fehlen eines genügend klaren principium divisionis bei der Abspaltung der politischen Gemeinwesen[1]) und Mißdeutigkeiten in der Ausdrucksweise Gierkes — erwächst für die Wassergenossenschaften wie für viele andere Fälle die Aufgabe eingehender Prüfung über die Zugehörigkeit zu der wichtigen Gruppe der Gebietsgenossenschaften.

Gierke[2]) bestimmt nach einem Rückblick auf die Entstehung des Staats- und Gemeindebegriffes aus der Verschmelzung einer Gebiets- und Personeneinheit die Gebietskörperschaften dahin, daß bei ihnen die territoriale und örtliche Grundlage den Personenverband durchdringt. Er findet dieses Merkmal bei einer ganzen Reihe Genossenschaften und merkt ausdrücklich an, daß in der Jetztzeit auch die Zwangsgenossenschaften aus dem pr. W. G. G. hierher zählen. Es liege in diesen Fällen eine wahre Gebietskörperschaft vor, denn der Verband sei an einen Ort so gebunden, daß er anderswo nicht bestehen könne, die Gebietseinheit sei mit dem Genossenschaftsorganismus verwachsen, die Mitgliedschaft folge entweder aus der Gebietsangehörigkeit oder stehe doch mit ihr in festem Zusammenhange. Wenn man freilich nur diesen Kennzeichen folgt, so wird man unzählige Gebietskörperschaften finden: alles, was Gierke Realgenossenschaft i. e. S. nennt, müßte er hierzu zählen, insofern das Substrat in Immobilien besteht und diese sich begrifflich an keinen andern Ort bewegen lassen — folglich an einem solchen die betreffende Genossenschaft nicht bestehen könnte. Ja, den Zusammenhang zwischen Gebietsangehörigkeit und Mitgliedschaft fände man auch etwa bei einem Verein der Breslauer Postunterbeamten — der bei Rechtspersönlichkeit also eine Gebietskörperschaft darstellte! Jedenfalls würden dann aber die freien Wassergenossenschaften so gut wie die Zwangsgenossenschaften dazu gehören[3]). Zu diesem Schlusse kommt

[1]) s. o. § 8. — [2]) Gen. R. II S. 829, insbes. 870 ff.

[3]) Wie Bry an der betreffenden Stelle betont. Ebenso Rosin, Recht — S. 44, bei Bekämpfung Gierkes. Daß letzterer doch etwas anderes gemeint, folgt schon aus seiner Beschränkung auf die Zwangsgenossenschaften.

Bry S. 96 auch und es ist ihm wohl zuzugeben, daß eine derartige Fassung des Begriffs Gebietskörperschaft dem Wortsinne keine Gewalt antut. Aber er selbst gibt Rosin (Recht, — S. 44) zu, „daß mit dem Worte Gebiet der Gedanke an ein „Gebieten", „Herrschen" untrennbar verbunden sei", und daß daher eine recht verbreitete Praxis das Wort „Gebietskörperschaft" in einem spezifisch öffentlich-rechtlichen Sinne gebraucht. Da nun die neue Begriffsbestimmung keineswegs durch treffende Bezeichnung einer bisher unbenannten Sache ein dringendes Bedürfnis erfüllt, so verwirrt es nur, sie auch noch einzuführen. Vor allem kann man sich dabei nicht auf Gierke berufen: wie schon seine Beschränkung auf die Zwangsgenossenschaften verriet[4]), ist ihm Gebiet gar nicht gleich Bezirk der Erdoberfläche. Vielmehr darf nicht übersehen werden, daß die oben angeführte Stelle — aus der Bry wie andere den Begriff der Gebietskörperschaft „im Gierkeschen Sinne" entnehmen — durch die Zeile eingeleitet wird: „Objektives Substrat kann nun zunächst eine Einheit öffentlichen Rechtes sein". So gibt auch Rosin (S. 44 Anm. 18) zu, daß Gierke zwar öfters den öffentlich-rechtlichen Charakter des Gebiets hervorhebt, wirft ihm aber vor „er zöge daraus keine weiteren Konsequenzen". In der Tat werden wir bei Gierke nirgends darüber belehrt, wie er sich diese „Einheit öffentlichen Rechts" bestimmt denkt.

Suchen wir nun eine feste Grenze für den Begriff der Gebietskörperschaft, so beobachten wir die Tatsache, daß in einigen Fällen eine territoriale Einheit mit einer Gesamtperson derart verschmilzt, daß besondere Rechtsfolgen erscheinen: es ist dies dieselbe praktische Erwägung, die zur Abspaltung der politischen Gemeinwesen (oben § 9 zu Beginn) führte. Gebietskörperschaft und politisches Gemeinwesen sind dasselbe[5]). Wir beobachten an den von uns mit Sicherheit hierunter gezählten Fällen, von denen wir deduktiv schließen wollen, vor allem die Tatsache erheblich vergrößerter Rechtsmacht, in dem Sinne der Bestimmungsfähigkeit unterworfener Willen. Und zwar vergrößert in zwei Richtungen: einmal ist die Herrschaft über die Mitglieder, die an sich Eigenschaft jeder[6]) Gesamtperson ist, verstärkt, insofern diese Körperschaften ihre Glieder

[4]) Vgl. die vor. Anm.

[5]) Rosin, Recht — S. 43, G. Meyer, Staatsrecht S. 2.

[6]) Gegen die Theorien Labands! Wie hier Gierke, Rosin, Preuß.

viel stärker ergreifen, der Staat sie potentiell sogar ganz ergreift. Dies ist nur gradmäßiger Unterschied. Sodann findet sich bei ihnen aber auch eine Herrschaft über Nichtmitglieder, sofern jene in ihren territorialen Bereich gelangen. Dann gebietet die Körperschaft ihnen nicht kraft irgend einer Personalhoheit — da personale Beziehungen ja gar nicht bestehen —, sondern aus ihrer Gebietshoheit. Diese Erweiterung der Rechtsmacht, die in dem bekannten quidquid est in territorio, etiam est de territorio gipfelt, ist kein gradmäßiger Unterschied, sondern eine Besonderheit der der Gebietskörperschaften, ist ihr Begriffsmerkmal[7]).

Da es den Wassergenossenschaften fremd ist, so zählen sie sämtlich nicht zu den Gebietskörperschaften[8]).

II. Die Scheidung in öffentliche und freie Wassergenossenschaften

§ 11. Ihre Bedeutung im Gesetz; der Begriff des öffentlichen Verbandes als Untersuchungsziel

Alle weitere Regelung der Wassergenossenschaften geschieht nun, wie erwähnt, verschieden für die beiden Gruppen „freie“ und öffentliche Genossenschaften[1]). Auf den ersten Blick könnte

---

[7]) Vgl. insbes. Rosin, Recht — und Souveränität usw.

[8]) Die Möglichkeit der Übertragung staatlicher Gebietshoheit darf nicht verwirren. Vgl. § 28 d. A. und Rosin, Recht S. 48.

[1]) Nach dem Entw. 1911 fällt diese Scheidung weg. Es gibt nur öffentliche oder wie sie dort genauer genannt werden „öffentlichrechtliche“. Auf die bestehenden alten soll das neue Recht Anwendung finden, soweit es nicht dispositiv ist (§ 260). Das Schicksal der wenigen bestehenden „freien“ wird nicht erwähnt.

Der Wegfall der freien WG. entspricht den Erfahrungen der Praxis (s. u. Schluß). Rechtsgeschichtlich waren sie jedoch von größter Bedeutung. Öffentliche Verbände fallen leicht in die Gefahr, vom Gesetz einen anstaltlichen Charakter aufgedrückt zu erhalten. So auch die früheren preuß. Wgn. (s. o. Einl.) Dadurch, daß man 1879 nach franz. Vorbilde freie und öffentliche nebeneinanderstellte, gelangten auch für diese die Grundzüge des Genossenschaftsrechts zur Entfaltung. Deshalb sucht auch der Text diese Grundzüge der öffentlichen Genossenschaften schon bei den freien zu zeigen.

man — namentlich bei der Fassung des § 4 —, meinen, dieser Unterschied bezöge sich auf die Entstehungsart: allein auch der größte Teil der öffentlichen Genossenschaften entsteht „frei", ohne Zwang. Solcher findet nur für die besondere Unterart der „Genossenschaften zur Ent- und Bewässerung zu Zwecken des Landeskultur" (§ 65 ff.) statt. Der Gesetzgeber mußte also etwas anderes meinen: die Zugehörigkeit beider Arten zum öffentlichen und privaten Rechte. Daß man neben Genossenschaften mit öffentlichrechtlicher Stellung, wie sie schon seit dem Gesetz von 1843 möglich, ausdrücklich privatrechtliche stellen wollte, beweisen die Motive zum Gesetz von 1870, Abschn. 1 und 2. So enthielt die Bezeichnung als „freie" und „öffentliche" Genossenschaften gewissermassen ein Programm. Um den Aufbau einer jeden Art zu verstehen, müssen wir uns zuvor darüber klar werden, was die Zugehörigkeit eines Verbandes zum privaten oder öffentlichem Rechte bedeutet.

Es liegt auf der Hand, hierfür auf den Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht überhaupt zu verweisen. Die Ansichten der Wissenschaft über diese Grenze gehen gewaltig auseinander. Unmöglich kann ich mich hier mit den einzelnen Theorien[2]) auseinander setzen. Als begrifflich richtiges Kriterium einer scharfen formalen Unterscheidung betrachte ich mit Leuthold[3]) folgendes: öffentliches Recht ist das spezifische Recht der öffentlichen Verbände: d. h. umfaßt alle Rechtsbeziehungen, bei denen als Subjekt begriffsnotwendig ein öffentlicher Verband beteiligt ist. Dagegen kann ich nicht mit der von Holliger gleichfalls empfohlenen Theorie ein materielles Kriterium in dem vorwiegenden Zwecksubjekt (bezw. Subjekt der unmittelbaren Willenssphäre) sehen: sei dieses der Staat oder ein anderer öffentlicher Verband, so liege öffentliches Recht vor. Jedenfalls verwenden beide Theorien den Begriff des „öffentlichen Verbandes" schon als gegeben. Wir kommen also damit nicht weiter: da wir nach dem Begriff des öffentlichen Verbandes suchen, würden wir nur im Kreise herumgehen.

Von vornherein gegebenes Subjekt des öffentlichen Rechtes ist

[2]) Die instruktive Dissertation Holligers hat deren 17 systematisch gesammelt und besprochen.

[3]) Annalen, 1884. Auch Holliger stimmt dieser Theorie zu.

allein der Staat: nur sein Lebensziel weist in seiner zum mindesten potentiellen Totalität den diametralen Gegensatz zum Leben des Einzelnen auf[4]), und nur er erfaßt nicht einzelne Seiten, sondern den ganzen erfaßbaren Menschen als seinen Untertanen. Wenn wir noch weitere Verbände als öffentlich bezeichnen und den einheitlichen Gesichtspunkt nicht verlieren wollen, so müssen diese Verbände in besondere und zwar — da es sich um Öffentlichkeit im Rechtssinne handelt — rechtliche Beziehungen zum Staate treten, welche für die Natur des Verbandes bestimmend sind, nicht lediglich solche, wie sie der Staat zu jeder ihm unterworfenen Person anknüpft.

§ 12. Vom Begriff des öffentlichen Verbandes (Interessentheorie; Theorie Rosins; positive Begriffsbestimmung; Theorie Jellineks)

Nun lag es nahe, diese Beziehungen als Interesse des Staates an der Entwickelung des Lebewesens zu konstruieren, zumal ja die Zweck- und Interessentheorie das Kriterium der ganzen materiellen Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht abgeben soll[1]). Allein: das Zusammenklingen der Lebenszwecke von Individuum und Gesamtheit[2]) ist das notwendige Ergebnis der Natur des Staates als Verbandsperson. Damit hat der Staat an der Entwickelung jeder[3]) seiner Gliedpersönlichkeiten ein Interesse. Diesem entspricht stets eine moralische Pflicht des Individuums, die eigene Vervollkommnung anzustreben. Den Grad dieses Interesses nun zu entscheiden, wäre nur der Willkür möglich. Dies

---

[4]) Rosin stellt neben den Staat die Gemeinde mit einer „lokalen Totalität des Lebenszweckes“ (Souveränität usw. S. 291): ich kann ihm hierin nicht folgen.

[1]) Wozu sie wenig geeignet. Die zum Schutz des Gesamtinteresses dienenden Rechtssätze sollen öffentliches Recht sein; aus denselben Gründen wie oben im Text, müßte man auch hier nach dem „überwiegenden Interesse“ suchen, wobei das Ergebnis ganz nach dem Geschmack des Suchenden ausfallen wird. Scharf betont von Preuß, Über Organpersönlichkeit, S. 119. 120.

[2]) Hierzu die schönen Worte bei Gierke, Gen. R. II, S. 42.

[3]) Die Ausnahmefälle, in denen das Lebensziel einer Persönlichkeit dem Staate zuwiderläuft sind Krankheitserscheinungen (die „asozialen Elemente).“

erkennend[4]), glaubt Rosin die Lösung darin gefunden zu haben, daß bei den öffentlichen Verbänden der besondere Interessegrad durch ein juristisch-formales Kriterium belegt ist, nämlich durch die Gestaltung jener moralischen Pflicht zu einer rechtlichen. Man braucht aber dieser indirekten Verwendung der Interessentheorie nur nachzugehen, um aus ihr selbst zu sehen, daß sie nicht zutrifft. Denn ob der Staat diese Pflicht zur eigenen Entwickelung einer Persönlichkeit durch Rechtssatz auferlegen wird, hängt doch nicht allein von seinem mehr oder minder großen Interesse an ihr ab, sondern auch davon, ob diese Verpflichtung Sinn habe, weil das Hinstreben auf die eigene Entwickelung rechtlichem Einfluß nicht immer zugänglich ist. So beim Individuum: da liegt die Willensbildung jenseits der Macht des Rechts. Anders bei der Verbandsperson, bei der die Möglichkeit rechtlicher Einwirkung auf die innere Organisation besteht[5]). Aber auch hier kann es mitunter für den Gesetzgeber unmöglich werden, selbst beim größten Interesse den Lebenszweck zur rechtlichen Pflicht zu machen, wenn nämlich die an sich der Rechtsregelung fähige Organisation der Menschen bestimmt wird durch ein Ziel, das in der dem Rechtseinfluß entzogenen Sphäre des Innerlichen liegt. Freilich wird er, um seine Zwecke möglichst zu erreichen, in den Organismus eindringen und ihn besonders gestalten, ihn enger an sich schließen als er es Privatrechtspersonen gegenüber tut, um, soweit es ihm nur möglich, sein Interesse an dem Lebensziel jenes zu verwirklichen. Als Beispiel solcher Organismen haben Gierke, Regelsberger, Jellinek und Hinschius[6]) namentlich die staatlich anerkannten Kirchen Rosin entgegengehalten, der ihre Bezeichnung als „öffentlich-rechtlich“ nach seinem Kriterium eine unzeitgemäße Reminiszenz an das Staatskirchentum nennt. Ich möchte ein weiteres Beispiel, freilich aus dem Gebiete der anderen, von Rosin nicht behandelten, notwendig aber analogen[7]) Verbandspersonen, der

---

[4]) Reine Zwecktheoretiker in verschiedenen Variationen bekämpft von Rosin, Recht — S. 14, 15.

[5]) Vgl. § 4 d. A.

[6]) Gierke, D. Pr. R. II, S. 621. Theorie, 158 ff. Regelsberger, Pand. § 80. Jellinek, Syst. S. 263 ff. Hinschius bei Marquardsen I, 251 ff.

[7]) Vgl. Rosin selbst, Recht — S. 48; Gierke, D. Pr. R. I, S. 635.

Anstalten[8]) anführen: auch die Universitäten sind Personen öffentlichen Rechts, aber die Erreichung ihres Lebenszieles ist doch nicht ihre rechtliche Pflicht; man müßte dieses denn gerade in einigen äußeren Betätigungen des Lehrkörpers statt im Fortschritt der Forschung und in der Ausbildung der Hörer sehen. Wofür bei ihnen Rechtspflichten begründet sind, das sind wie bei den Kirchen Einzelpunkte der Organisation, die zu dem Endziele zwar in Beziehung stehen, es aber nicht erschöpfen. Auf der anderen Seite kann schließlich das Interesse an der Erfüllung der Lebensaufgabe eines Verbandes den Staat veranlassen, sie als Rechtspflicht zu konstituieren, ohne daß er an ihrem Bestehen genügend Interesse hätte, um sie anders wie eine Privatkorporation zu behandeln, sodaß Rosins Kriterium auch nach dieser Richtung versagt. Das Beispiel hierfür gibt die Hilfskassenorganisation.[9])

Den Gradmesser für das Interesse vermag die Rosinsche Theorie also nicht zu liefern, und in dieser Richtung kommen wir überhaupt nicht zum Ziele, weil das Interesse ein zu schwer bestimmbares Moment ist, um der rechtlichen Forschung zu dienen. Wer historisch-politisch die Gesetzgebung verfolgt, wird nach den Zwecken fragen müssen, die der Gesetzgeber im Auge hatte. Die systematische Betrachtung des Rechts muß dagegen auf dem bauen, was geschaffen wurde. Und nahe daran waren wir bei der Betrachtung der Rosin'schen Theorie schon. Nur müssen wir nicht in der Verpflichtung den Hauptpunkt sehen, sondern in dem, was bei Rosin nur als deren zufällige Folge erschien, und was auch auf andere Weise erreicht werden kann, nämlich in dem Eindringen des staatlichen Rechts in den inneren Aufbau der betreffenden Verbandsperson, in der besonderen Gesamtnatur, die sie dadurch erhält. Entsprechend sagt Gierke[10]): „Entscheidend ist . . . . die Unterstellung des körperschaftlichen Sozialrechts unter gleichartige Gesichtspunkte und Normen, wie sie das staatliche Gemeinleben beherrschen.“ Zwar gibt diese Erklärung keine alle Fälle von vornherein trennende Entscheidung, insofern die unterscheidenden Einzelpunkte verschiedener Art sein können, und es demnach auf den

[8]) Nach Hinschius, a. a. O. sind übrigens die Kirchen schon Anstalten, was aber mindestens zweifelhaft ist.

[9]) Vgl. Theorie, S. 657.

[10]) Vgl. Theorie, S. 167.

Gesamteindruck[11]) ankommen wird, allein dies reicht aus bei genauer Prüfung von Fall zu Fall, und diese Prüfung ist zwar in das Ermessen des Prüfenden gestellt, aber eben — und das muß scharf hervorgehoben werden — in das an juristische Momente gebundene Ermessen, nicht der Willkür anheimgegeben wie bei der Interessentheorie. Als solche Momente, die nach der jedesmal besonderen Rechtslage hinsichtlich ihres Gewichtes für die Gesamtauffassung zu werten sind, erscheinen vor allem: Zwangsmitgliedschaft, körperschaftliche Privilegien, besondere Machtbefugnisse, besondere Organ- oder Gliedstellung im Staatsorganismus, Aufsicht des Staates und Rechtspflicht zur Erfüllung der Lebensaufgabe. Wie wertvoll namentlich das letzte Moment ist, wie es in den meisten Fällen den Ausschlag geben wird, das lassen wohl auch die obigen Ausführungen bestehen: nur gegen die Lehre Rosins, daß es das stets zutreffende, das begriffliche Unterscheidungsmerkmal wäre und die durch ihre Herleitung erfolgende Verknüpfung des Begriffs „öffentlicher Verband" mit dem Staatsinteresse waren sie gerichtet.

Im übrigen sind auch die sämtlichen anderen aufgezählten Punkte und noch einige mehr von den verschiedensten Theoretikern als das „begriffsmäßige Scheidemerkmal" angesprochen worden[12]). Dank der eingehenden Arbeit Rosins, der — sie vielfach gegen einander ausspielend — ihre Irrtümlichkeit nachgewiesen hat, können wir uns ein Eingehen auf diese Theorien ersparen. Nur die Jellineks[13]) gewinnt besonders Bedeutung, der, obwohl Gierke ihn gelegentlich als Zeugen seiner Ansicht anführt, noch 1905 (Syst. 2. Aufl.) ausdrücklich und in Bekämpfung Rosins die Ausstattung mit Herrschaftsrechten für das Entscheidende erklärt[14]). Damit wird freilich die Entscheidung der einen Streitfrage von einer womöglich noch heißer umstrittenen abhängig gemacht. Unmöglich kann hier auf den Begriff der Herrschergewalt eingegangen werden, hinsichtlich dessen die Autoren weder über Umfang

---

[11]) So Gierke, Privatr. S. 621, Theorie S. 167 u. 913. Regelsb. Pand. § 80.

[12]) Literatur siehe bei Gierke, D. P. R., S. 620/21 und Rosin, Recht S. 1—16, weitere im Folgenden vereinzelt.

[13]) Und mit ihm O. Mayer vgl. dessen deutsch. Verw. R. S. 271 unter dem Gesichtspunkte der Anmerkung Jellineks, Syst. S. 266 No. 1.

[14]) Syst. S. 265 ff., insbesondere 266.

noch Inhalt einig sind. Ein Gewaltverhältnis im Gegensatz zum Schuldverhältnis des Individualrechts waltet jedenfalls bei jeder Verbandsperson ob[15]); wann es aber obrigkeitlichen Charakter annimmt — denn darauf zielt Jellinek hier —, hat er an der betreffenden Stelle nicht gesagt. Später[16]), im Zusammenhange mit der Besprechung des „eigenen Wirkungskreises der Gemeinden" stellt er als Kennzeichen die Mittel[17]) der Durchsetzung hin. Dann kann er aber nicht gut mehr behaupten, Rosin habe gegen seine Darlegung keine Argumente, sondern sich nur gegen Einzelheiten gewandt[18]). Denn Jellineks grundsätzliche Behauptung ist danach ins Einzelne nur unter Zuhilfenahme des Kennzeichens „Mittel" zu verfolgen: und die Unbrauchbarkeit dieser „Einzelheit" hat Rosin grade nachgewiesen[19]). Zu dem ist auch die vorausgehende Deduktion Jellineks[20]) nicht schlüssig. Er bestreitet, daß die besonderen Beziehungen, die die Rechtsordnung zwischen Staat und Verband mit der Wirkung knüpfen kann, dass letzterer öffentlichen Rechts wird, lediglich in Pflichten bestehen könne. Richtig ist, daß zu dieser Wirkung der Verband Subjekt des besonderen Rechtsverhältnisses werden muß. Subjekt ist aber nach dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch auch der Träger einer Pflicht: man denke an die oben behandelte, auch von Jellinek verwendete Bestimmung der juristischen Person. Unmöglich kann man an die unter diesem Wortgebrauch gewonnenen Prämissen nun, wie Jellinek, in anderem Wortgebrauche anschließen: „Durch Auferlegung einer Pflicht, mag sie auch noch so weit gehen, wird eine Persönlichkeit nur zum Objekt, nicht zum Subjekt öffentlichen Rechts". Objekt ist vielmehr die Leistung oder der Gegenstand der Leistung, zu der die Pflicht besteht. Sonst müßte man auch ebenso zivilrechtlich beim Darlehn den Schuldner, statt der Summe als Objekt des Schuldverhältnisses bezeichnen.

---

[15]) Vgl. schon oben § 11 Anmerkung 6.

[16]) Syst. S. 285.

[17]) Damit korrespondiert auch Syst. S. 265 „wie denn überhaupt nicht durch die Zwecke . . . , sondern nur durch die Mittel, die sie anwendet, eine Tätigkeit mit Sicherheit als öffentlich-rechtliche bezeichnet wird".

[18]) Syst. S. 266, Anmerkung 2.

[19]) Recht — S. 6 ff., insbesondere 8—12.

[20]) Syst. S. 265.

§ 13. Die Abwehr falscher Folgerungen aus der begrifflichen Scheidung

(Privatrechtlicher Verband und öffentliches Recht; soziales/individuelles — öffentliches/privates Recht)

Es sei demnach an der Auffassung festgehalten, daß das Eindringen des öffentlichen Rechts in den inneren Organismus die juristische Person zur öffentlich-rechtlichen stempelt. Schied nun der Gesetzgeber die Wassergenossenschaften in freie und öffentliche, so werden wir das Sozialrecht dieser als ein Staatsrecht im weiteren Sinne gestaltet sehen, während jene von solcher Einwirkung frei sind. Vor dem Eingehen auf die einzelnen Arten seien aber im engsten Anschluss an diese Scheidung noch zwei Punkte klargestellt, deren Verwirrung die richtige Erkenntnis oft verhindert.

Zunächst begründet die Scheidung in öffentliche und private Wassergenossenschaften, wie überhaupt in Personen öffentlichen und privaten Rechts keinen Zustand derart, daß letztere nur in Privatrechtsverhältnissen Subjekt sein könnten, nur erstere auch in öffentlichen. Unsere Begriffsbestimmung hätte dann ja sehr einfach nach diesem Merkmal gehen können. Immerhin legt die Wortfassung diesen Irrtum so nahe, dass sich unsere Vorstellung nicht immer seinem Einfluss entziehen kann. Darum sei betont: wie jede Verbandsperson des Privatrechts, kann auch eine freie Wassergenossenschaft Subjekt eines öffentlichen Rechtsverhältnisses sein; auch die Einzelperson kann dies ja. Und nicht nur als Träger von Pflichten tritt sie öffentlichen Verbänden[1]) gegenüber, sondern auch als Träger von Rechten. Schon ihre Grundlage, die Rechtspersönlichkeit, ist ein Recht gegenüber dem Staate. „Alle Persönlichkeit ist juris publici, also auch die der juristischen Personen“[2]). Sogar einen aktiven Status können Privatrechtspersonen haben, wie die Bestimmungen beweisen, die ihnen das politische Stimmrecht verleihen[3]).

---

[1]) Ein solcher muss auf der Gegenseite begriffsnotwendig beteiligt sein, sonst liegt ja kein öffentliches Rechtsverhältnis vor. Vgl. oben S. 44 die Theorie Leutholds.

[2]) Syst. S. 275.

[3]) z. B. St. O. (ö) § 8, 2. LGO § 45, 2.

Sodann sei hervorgehoben[4]), daß die Einteilung in öffentliches und privates Recht nicht zusammenfällt mit der in Sozial- und Individualrecht. Das Zusammenfallen in vielen Fällen, sowie ungleichmäßige Anwendung der Bezeichnungen [5]) stiftet hier Verwirrung.

Mit Gierke und der großen Mehrheit verstehe ich unter Individualrecht alle die Beziehungen, die zwischen gleichgeordneten Persönlichkeiten obwalten. Als Sozialrecht erscheinen die Rechtsverhältnisse, die begrifflich bedingt sind durch die Einordnung einer Person in den Organismus einer Verbandsperson, die also ohne diese Einordnung undenkbar sind.

Dagegen wird ein öffentlich-rechtliches Verhältnis charakterisiert durch die notwendige Beteiligung eines öffentlichen Verbandes, ist also ein solches, das unter Privatpersonen begrifflich undenkbar ist. Ob dabei eine Einordnung stattfindet oder nicht, ist begrifflich gleichgültig: das öffentliche Recht ist nicht etwa eine besondere Art des Sozialrechts[6]), beide Einteilungen gehen nach verschiedenen Gesichtspunkten; den Umfang dieser Begriffe bezeichnen also sich schneidende Kreise. Auch ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen gleichgeordneten Personen, also individual-rechtlicher Natur, ist möglich etwa zwischen zwei Armenverbänden, wenn es nur derart ist, daß es nicht auch zwischen zwei Privatpersonen bestehen könnte. Jellinek [7]) muß um diesen ihm unmöglichen Fall hinwegzuerklären zu einer Konstruktion greifen, die zwar sehr scharfsinnig ersonnen ist, aber von vornherein erkünstelt wirkt. Und muß sie nicht zerschmelzen vor der Tatsache, daß solche Verbände vertraglich mit einander verkehren, also gleichgeordnet?

---

[4]) Hierüber insbesondere Theorie, S. 156 ff.

[5]) So findet sich bei Jellinek vielfach die Bezeichnung „Individualrecht“ für jedes subjektive Recht einer Einzelperson.

[6]) Eine allerdings viel vertretene Meinung, so z. B. Jellinek, System Seite 53.

[7]) System S. 271.

Lebenslauf

Am 15. Februar 1890 als Sohn des prakt. Arztes Dr. med. Theodor Sehling und seiner Ehefrau Margarete geb. Fiebig in Senftenberg, Niederlausitz, geboren, evangelischer Religion, besuchte ich das Progymnasium zu Sprottau, Niederschlesien, und das Kgl. König-Wilhelms-Gymnasium zu Breslau.

Dort erhielt ich Ostern 1908 das Zeugnis der Reife und studierte an den Universitäten Breslau und Freiburg die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 22. Juni 1911 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die Referendarsprüfung mit „Gut“. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 20. Juli 1911.

Seit Anfang Juli war ich am Amtsgericht Sprottau beschäftigt; zur Zeit genüge ich meiner Militärpflicht beim 2. Schles. Feld-Art.-Rgt. Nr. 42 in Schweidnitz.

A. Favorke, Breslau II.